This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 097 733 075

Digitized by Google

Received
Dec. 12, 1888.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Das Pfandrecht

nach den

Grundsätzen des heutigen römischen Rechts

dargestellt

von

Dr. Heinrich Dernburg
ord. Professor der Rechtswissenschaft an der Universität Halle.

Zweiter Band.

Leipzig
Verlag von S. Hirzel.
1864.

Digitized by Google

Fr TX
D

Rec. Dec. 12, 1888.

Digitized by Google

Inhaltsverzeichniß.

Drittes Buch.

Wirkungen des Pfandrechts.

Erster Abschnitt.

Rechtsstellung des Eigenthümers der Pfandsache.

Seite

§ 79. Collision der Eigenthumsbefugnisse und des Pfandrechts. Recht des Eigenthümers zur Bewirthschaftung und Benutzung der Pfandsache. Gränzen dieses Rechts. Vindication. Rechtsstellung des Usucapionseigenthümers zum Verpfänder und dereinstigen Eigenthümer. — Recht des Eigenthümers zur Veräußerung der Pfandsache, selbst nach Einleitung des Pfandverkaufs. Pflicht des Gläubigers zur Unterstützung des Verpfänders beim Verkauf. Begehen eines furtum, eines Stellionats durch den Verkauf. Uebernahme der persönlichen Schuld durch den Käufer 3

§ 80. Beschränkungen der Veräußerungsmacht des Verpfänders. 1) Verbot der Manumission eines speciell verpfändeten Sklaven im römischen Rechte. Zurückführung auf die lex Aelia Sentia. Generalhypothek. Relative Nichtigkeit der Manumission. 2) Befugniß des Proprietars, das verpfändete Grundstück zum locus religiosus zu machen. Beschränkung dieses Rechts l. 2 § 7—9 D. de religiosis 11, 7. Consecration eines verpfändeten Objects durch die Kirche. 3) Kann der Verpfänder eine dem Pfandgrundstück zustehende Servitut durch Verzicht aufgeben? 12

§ 81. Versprechen des Schuldners, die Pfandsache nicht zu veräußern. Nachweis des Interesses des Gläubigers bei diesem Vertrag. Dingliche Nichtigkeit der Zuwiderhandlung nach l. 7 § 2 D. de distr. pign. 20, 5. Es liegt hierin eine positive, durch die Praxis eingeführte Bestimmung. Kritik der Angriffe gegen die Aechtheit der Stelle, Zurückweisung der von den Gegnern gebildeten Lesarten 20

Zweiter Abschnitt.

Von den Rechten des Pfandgläubigers.

Erstes Hauptstück.

Ungetheiltheit der Pfandhaftung.

§ 82. Princip. Das Pfandrecht ist an und für sich theilbar; doch ist die Theilung praktisch genommen Ausnahme. Vergleichung mit der Realservitut. Theilweiser Verzicht, theilweise Convalescenz, Zulässigkeit des Vertrags über Minderung des Pfandrechts bei Minderung der Schuld 28

Digitized by Google

Seite

§ 83. Fortsetzung. Beerbung des Schuldners durch Miterben. Theilung der Schuld, ungetheilte Verhaftung des ganzen Pfands. Consequenzen. 1) Mittel zur Lösung der solidarischen Verhaftung. Tilgung der Gesammtschuld durch einen Miterben; actio familiae erciscundae. Retentionsrecht. 2) Regreßansprüche für den Fall, daß die Portion des einen Erben für die Schuldrate des andern in Anspruch genommen wird. Unterscheidung je nachdem bereits eine Realtheilung vorlag. l. 65 D. de evict. 21, 2. 32

§ 84. Beerbung des Gläubigers durch Miterben. Theilung des Pfandrechts unter die Miterben nach der Meinung Ulpians in l. 11 § 4 D. de pign. act. 13, 7. Solidarisches Recht der Miterben nach der obsiegenden Theorie. Auseinandersetzung der Miterben 1) durch Zuweisung der pfandrechtlich versicherten Forderung an einen Miterben, 2) durch Licitation des Pfandes. l. 29 fam. erc. 10, 2. Folgen der Adjudication. Der Adjudicatar wird nicht Eigenthümer der Pfandsache, noch auch Cessionar der Forderungsraten der Miterben; seine Rechtsstellung beruht auf seiner Aufwendung für das Pfand. 39

§ 85. Theilbarkeit der Obligation auf Bestellung eines Pfandrechts. Der Theilerbe des Promissars hat für die gesammte Forderung des Gläubigers aber nur an einem seiner Erbrate entsprechenden Theile ein Pfandrecht zu bestellen; der Miterbe des Gläubigers hat ein Recht auf Bestellung eines Pfandrechts an der ganzen Sache, aber nur für seine Forderungsrate. 48

Zweites Hauptstück.

Besitz des Pfandgläubigers. Antichrese. Retentionsrecht.

§ 86. Untersuchung der Besitzverhältnisse. 1) Juristischer Besitz des Faustpfandgläubigers. l. 15 § 2 D. qui satisdare cog. 2, 8 bezieht sich auf den Stand der possessores. 2) Auch der Hypothekar erhält durch Apprehension der Pfandsache juristischen Besitz. l. 2 C. de distr. pign. 8, 28. Sequestration des Besitzes. 3) Verpfänder besitzt nur quoad usucapionem. Erklärung dieser Erscheinung. Recht des Pfandgläubigers zur nominatio auctoris. Erwerb durch einen zum Faustpfand gegebenen Sklaven. 4) Fortdauer des Besitzes nach Tilgung der Pfandschuld. 50

§ 87. Fortsetzung. Charakteristik des Besitzes des Pfandgläubigers. Ist dieser Besitz ein abgeleiteter? Besitz ist nichts Uebertragbares, sondern ein Verhältniß, das sich der Besitzer erschaffen muß. Bestimmung des Begriffswillens. Quellenzeugnisse. Consequenzen. 62

§ 88. Genuß und Gebrauch des Pfands. Unzulässigkeit der Benutzung von Pfandobjecten, die zum persönlichen Gebrauch und Genuß des Verpfänders bestimmt sind. l. 9 § 2 D. de supellectile legata 33, 10. Wie nach Fälligwerden der Forderung? Recht und Pflicht zur Gewinnung des Ertrags bei Objecten, die zum ökonomischen Ertrag bestimmt sind. Gewinnt der Pfandgläubiger die Früchte durch Perception oder Separation? l. 22 § 2 D. de pign. act. 13, 7. 67

§ 89. Sogenannte antichresis tacita. Recht des Debitors aus den Früchten des Pfands für ein unverzinsliches Darlehen Zinsen zurückzuhalten. Dies nur zulässig, falls es an einer Willenserklärung über Geben und Nehmen der Zinsen fehlte. Existirt eine naturalis obligatio zur Zahlung von Zinsen? Andere Erklärungen der l. 8 D. in q. c. p. t. c. 20, 2. 73

§ 90. Precarium. Miethe durch den Schuldner. a) Ueberlassung zum precarium nach Analogie der fiducia auch beim Faustpfand. Zweifel an der Zulässigkeit dieses Geschäfts. Der Verpfänder bleibt in der Regel als Precarist juristischer Besitzer. Stellung des Gläubigers. b) Vermiethung. Der Miethzins steht statt der Zinsen. Der Gläubiger hatte eine actio locati, der Schuldner keine actio conducti Bas. XX. 1, 55. c) Cumulation von Verpfändung und Precarium. Untersuchungen der römischen Juristen über die Frage, inwieweit der Debitor, der eine Sache vom Creditor als Precarium

Digitized by Google

Seite

inmehat, eine angefangene Ersitzung fortsetzt. l. 16 D. de obl. et act. 44, 7 nicht interpolirt. 77

§ 91. Antichrese. Umfang des Rechts des antichretischen Gläubigers. Lasten des Fruchtgenusses. Unglücksfälle. Einseitiges Rücktrittsrecht des Gläubigers. Ratuelle Vertheilung des Fruchtertrags bei Tilgung der Schuld inmitten einer Fruchtperiode. Einfluß der Gesetze über das Zinsmaximum. Nicht zu unterscheiden, ob ein Ertrag über die Maximalzinsen hinaus in sicherer Aussicht stand. l. 14 C. de usuris 4, 32 erklärt. Anweisung auf bestimmte Geldeinkünfte. Ist Antichrese ohne Verpfändung möglich? Zwischen l. 11 § 1 D. de pignor. 20, 1 und l. 32 D. de pign. a. 13, 7 kein Widerspruch. 85

§ 92. Retentionsrecht wegen chirographarischer Forderungen. Grundgedanke. Historische Anknüpfung. Die Grundlage dieses Rechts ist nicht stillschweigende Convention der Partheien, es beruht auf dem richterlichen Amt. Begründung dieses Retentionsrechts durch Gordian. Recht des ersten Pfandgläubigers sich beim Pfandverkauf wegen Chirographarforderungen aus der hyperocha bezahlt zu machen. Die Veranlassung zur Bildung unseres Rechtsinstituts 94

§ 93. Fortsetzung. Voraussetzungen des Retentionsrechts. 1) Qualität der Forderungen, derentwegen retinirt werden kann. Beschränkung auf Geldschulden. Ob für naturale Ansprüche? nicht fällige? anderweit versicherte? Fälle, in welchen durch Cession Pfand und Chirographarforderung in eine Hand kam. Retention gegenüber dem intercedirenden Verpfänder. 2) Besitz des Pfandobjects durch den Hypothekar, nicht wer ein pignus ex causa judicati, ein pignus praetorium hat. Verzicht, direct, indirect erklärbar. . . 98

§ 94. Umfang des Retentionsrechts. Der Retinent hat kein Verkaufsrecht, haftet für culpa, Nutzungsrecht. Das Retentionsrecht kann einem Nachhypothekar, einem dritten Eigenthümer nicht opponirt werden. Ob es im Concurs wegfällt? Unterscheidung des Retentionsrechts, das an einer Sache haftet und das nur auf einer Beziehung zur Person des Schuldners beruht. 105

Drittes Hauptstück.

Der Pfandverkauf.

§ 95. Einleitung. Aeltere Herleitung aus einer Vollmacht des verpfändenden Eigenthümers Gaj. II. 64. Unzulänglichkeit dieser Auffassung. Widersprechende Rechtssätze, Unschlüssigkeit der für sie angeführten Gründe. Erklärung durch die spätere classische Jurisprudenz aus dem eigenthümlichen dinglichen Rechte des Pfandgläubigers; dieser verkauft also jure proprio 108

Erstes Kapitel.

Erfordernisse des Pfandverkaufs.

§ 96. Fähigkeit des Verkäufers. Der erste Pfandgläubiger, der Cessionar. Mehrere solidarisch Berechtigte? Stellvertreter. Inwieweit ist der Pfandverkauf durch den negotiorum gestor gültig? Einfluß der gesetzlichen Veräußerungsverbote a) dem Sacheigenthümer gegenüber greift ein Veräußerungsverbot ein. Dies ist ohne Einfluß auf das Pfandrecht; auch im Fall der Litigiosität. b) Der Pfandgläubiger wäre, falls er Eigenthum hätte, an der Distraction gehindert. Eigenthumsklage gegen den Pfandgläubiger. . . . 114

§ 97. Vornahme des Verkaufs I. Materielle Bedingungen des Pfandverkaufs. Zustand der Forderung. 1) Erforderniß der Fälligkeit und Exigibilität der versicherten Forderung. Ablauf des letzten Tags. Zulässigkeit des Pfandverkaufs nach Fälligkeit einer Rate, wenn die Forderung in verschiedenen Terminen zahlbar ist. l. 8 § 3 D. de pign. act. 13. 7. Nachträgliche Bewilligung einer Zahlungsfrist führt nicht nothwendig eine Befristung des Verkaufsrechts herbei. Einfluß des tempus judicati. 2) Verzug des Schuldners nothwendig. Innere Gründe, äußere. Ausdrückliche Stipulirung des Verkaufsrechts. Vorbehalt des sofortigen Verkaufs. Wirkung des pactum de non

Digitized by Google

Seite

vendendo. 3) Verzug des Gläubigers hebt das Verkaufsrecht auf. Bloße Oblation genügt indessen nicht. l. 8 C. de distr. pign. 8. 28. l. 2 C. deb. vend. 8. 29. Gründe. 4) Liquidität nicht erforderlich. l. 5 C. de distr. pign. 8. 28. Tragweite, Gründe dieser Bestimmung. 119

§ 98. Besitz des Verkäufers. Der Besitz des Verkäufers ist nach römischem Rechte keine Bedingung des Verkaufs. Der nichtbesitzende Verkäufer verschafft dem Käufer Besitz durch Cession der actio hypothecaria. 132

II. § 99. Form des Pfandverkaufs. Der Pfandverkauf geschah nach freiem Ermessen des Gläubigers ohne Intervention der Obrigkeit. Gefordert ist 1) öffentliche Bekanntmachung des Verkaufs. 2) Denunciation. Verschiedene Denunciationen beim Pfandverkauf. An wen hat sie zu erfolgen?. Nichtbeobachtung dieser Formen zieht keine Nichtigkeit nach sich. Formalien beim Verkauf durch den Fiscus. 134

§ 100. Fortsetzung. Justinians Verordnung die l. 3 C. de jure dominii impetrando 8. 34 enthält nicht bloß Vorschriften für den Fall, daß der Gläubiger den Eigenthumszuschlag impetriren will. Die Proscription beim Pfandverkauf ist nicht abgeschafft. Judicialis sententia, die der Denunciation gleichgestellt ist. Das pactum de non vendendo und die justinianeische Verordnung. Wegfall der Verordnung beim gerichtlichen Verkauf. 139

III. § 101. Pflichten des Pfandverkäufers gegenüber dem Verpfänder. Haftung des Verkäufers für diligentia diligentis patrisfamilias; Ueberwiegen des eignen Interesses in Collisionsfällen. Freie Bestimmung des Zeitpunkts des Verkaufs. Pflicht zur Erzielung des höchstmöglichen Preises. Muß der Verkäufer Fristen gestatten? Wahlrecht bei Verpfändung mehrerer Objecte. Gränze desselben. Inwieweit kann der Verpfänder nach der Verpfändung Servituten bestellen und hat sie der Käufer des Pfands zu respectiren? Ist der Gläubiger, der das Pfand veräußerte, verpflichtet, dem Pfandschuldner Rechnung abzulegen? Recht des Nachhypothekars auf Rechnungsstellung. 144

§ 102. Folgen des pflichtwidrigen Verkaufs. Folge ist nicht Nichtigkeit, sondern Begründung persönlicher Ansprüche gegen den Pfandgläubiger und gegen den Käufer, falls a) von dem ersten nichts zu erholen ist und b) der Käufer collubirte. Charakter der Klage gegen den Käufer? Vergleichung der Folgen eines fraudulosen Pfandverkaufs mit einem dolosen Verkauf, der von einem Procurator ausgeht. Gegensätze. l. 7 § 6 D. pro emtore 41, 4. 152

§ 103. Unfähigkeit des Sacheigenthümers, der Pfandgläubiger und der Bürgen zum Pfandkauf. 1) Unfähig ist der Sacheigenthümer nicht der Verpfänder als solcher. l. 40 § 1 D. de pign. act. 13, 7 von Papinian. Zulässigkeit des Abkaufens des Pfandrechts durch den Sacheigenthümer. Kauf der Pfandsache durch einen der Miterben des Verpfänders. 2) Unzulässigkeit des Kaufs der Pfandsache durch den verkaufenden Pfandgläubiger. Nichtigkeit auch im Fall des Vorschiebens eines Käufers. Genehmigung des Schuldners, Annahme der hyperocha. Anfechtung durch den Pfandgläubiger selbst. 3) Unfähigkeit des Bürgen. Historische Gestaltung des Satzes. Verbot des Erwerbs der Pfänder des Mitbürgen. 160

Zweites Kapitel.

Rechtswirkungen des Pfandverkaufs.

§ 104. Uebersicht. 169

A. Neu entstehende Rechtsverhältnisse.

§ 105. 1) Verpflichtungen des Gläubigers gegenüber dem Käufer zur Tradition. Der Pfandgläubiger überträgt beim Pfandverkauf nicht sein Recht, sondern die Pfandsache. Verschiedene Haftung des Verkäufers je nachdem er als Besitzer verkauft oder nicht. Anspruch auf Accessionen und Pertinenzen, sowie Früchte im Besitz des Gläubigers, des Verpfänders. 171

§ 106. b) Haftung des Gläubigers für Eviction. Grund der Nichthaftung des Pfandgläubigers für Eviction ist nicht, weil er als Bevollmächtigter des Verpfänders verkauft. Historische Entwicklung der Verhaftung des Ver-

Digitized by Google

Seite

käufers für Eviction. Nur wer aus freien Stücken, nicht wer in Folge juristischer Nothwendigkeit verkauft, steht für sie ein. Unterliegen des Käufers, welchem der nichtbesitzende Pfandverkäufer die actiones cedirte. Ausnahmsweise Verhaftung a) im Fall einer mala fides. b) Einstehen für die Priorität des Pfandrechts. c) Ausdrückliche Uebernahme der Garantie. d) Verkauf ohne die Qualität als Pfandgläubiger kund zu geben. e) Der Gläubiger verkauft irrthümlich als Pfandgläubiger, während er selbst Eigenthümer ist. 174

§ 107. c) Haftung für Mängel und Angaben. l. 10 § 1 D. q. m. p. s. 20. 6. l. 26 D. de solut. 46, 3 für die Haftung nicht beweisend. Innere Gründe gegen dieselbe. Einstehen für Angaben, die der Pfandgläubiger den Mittheilungen des Verpfänders entnahm. l. 36 § 1 D. de incolis 50, 1. 183

§ 108. 2) Ansprüche des Gläubigers gegenüber dem Pfandkäufer. 1) Auf den Kaufpreis, Verzinsung. Vorbehalt, wonach dem bisherigen Miether Aushaltung der Miethzeit ausbedungen wurde. Zahlung der hyperocha an den Verpfänder? 2) Ersatz der Auslagen des Pfandgläubigers auf die Sache nach dem Verkauf. — Liegt dem Käufer die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises auch noch ob, wenn er im Streit um die Pfandsache bereits besiegt und entwährt ist? Verneinung. l. 68 D. de evict. 21, 2 handelt von einem Fall, in welchem der Kaufpreis bereits vor der Eviction novirt war. 185

§ 109. 3) Ansprüche des Pfandkäufers gegen den Verpfänder. Sie beruhen nicht darauf, daß der Gläubiger als Procurator des Verpfänders handelte, es ist keine actio institoria gegen den letzteren zulässig. Der Verpfänder ist dem Käufer, welcher den Kaufpreis zahlte und evincirt wird, verhaftet, damit er sich nicht auf fremde Kosten bereichere. Erörterung dieses Princips. Verschiedene Wege, um dem evincirten Käufer ein Klagrecht zu verschaffen. 1) Derselbe hält den Gläubiger zur Cession seiner actio pigneratitia contraria gegen den Verpfänder wegen Verpfändung einer fremden Sache an) Bedenken gegen diesen Weg. 2) Andere Klagen. actio negotiorum utilis. — actio ex emto utilis. Sämmtliche Klagen richten sich nach dem Maaß der Bereicherung des Verpfänders, nicht nach dem Interesse des Pfandkäufers. Drohende Eviction. Klage des Pfandkäufers gegen den befreiten Bürgen des Schuldners? 190

§ 110. 4) Tradition an den Pfandkäufer. Der Eigenthumsübergang setzt voraus 1) Pfandverkauf. 2) Bestehen des Pfandrechts des Verkäufers im Moment der Tradition. — Unwirksamkeit in der Zwischenzeit entstehender, privilegirter Pfandrechte. 3) Besitzergreifung und Creditirung des Kaufpreises. 4) Eigenthumsrecht des Verpfänders. In classischer Zeit übertrug der Pfandgläubiger an res mancipi nur bonitarisches Eigenthumsrecht. Beweise. Nur an res nec mancipi konnte er volles Eigenthum gewähren. Umfang der Rechte des Käufers 199

B. Einfluß des Pfandverkaufs auf die vorher bestehenden Rechtsverhältnisse.

§ 111. 1) Schicksal der persönlichen Forderung. Tilgung. Sie geschieht a) durch Einzahlung der Kaufsumme an den Pfandgläubiger, vorausgesetzt, daß dieser dieselbe behalten kann. Erklärung der l. 23 D. de pign. act. 13. 7. b) durch anderweitige Verfügung über den Kaufpreis. Novation. c) Im Fall des Verlustes desselben durch Schuld des Gläubigers. 204

§ 112. Fortsetzung. Untergang des jus offerendi mit dem Verkauf. a) Unzulässigkeit der Erhebung der persönlichen Klage durch den Gläubiger nach dem Pfandverkauf, falls er nicht den Verkauf rückgängig macht. b) Unzulässigkeit der Oblation der Schuldsumme durch den Verpfänder nach dem Pfandverkauf, falls er nicht den Käufer zum Verzicht auf seine Ansprüche bestimmt. 209

§ 113. Fortsetzung. Imputation des Kaufpreises. 1) Es entscheidet zunächst die Bestimmung der Partheien bei der Verpfändung. — Gleichzeitige Verpfändung derselben Sache für mehrere Contracte. Erklärung der l 96 § 3 D. de solut. 46, 3. 2) Imputation im Fall nichts contractlich vorgekehrt ist. Anrechnung bei einer gewöhnlichen Zahlung nach dem präsumir-

Digitized by Google

Seite

ten Willen des Schuldners. Entgegengesetzte Grundsätze beim Pfandverkauf. Besondere Bestimmung der l. 5 § 2 D. de solut. 46, 3. 211

§ 114. 2) Recht des Verpfänders auf die hyperocha. Einfluß des Pfandverkaufs auf die Gegenansprüche zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger. Der Gläubiger hat die hyperocha selbst beizutreiben. l. 42 D. de p. a. 13. 7. Doch kann der Verpfänder Cession verlangen. l. 24 § 2 D. eod. Haftung des Gläubigers für zufälligen Verlust der eingenommenen Summe? Gewinn durch Speculationen mit der hyperocha. Ansprüche des Verpfänders auf Zinsen. Hat der Verpfänder ein Privilegium im Concurs des Pfandgläubigers hinsichtlich der von diesem vereinnahmten Summen? Recht auf Restitution von anderem durch den Gläubiger bei Gelegenheit des Verkaufs gemachten Gewinn. Der Verpfänder ist umgekehrt zum Ersatz der beim Verkauf bona fide aufgewendeten Kosten tenent. 217

§ 115. 3) Erlöschen des Pfandrechts des Verkäufers und der Nachhypothekarien. 1) Das Recht des verkaufenden Pfandgläubigers erlischt mit dem Vollzug des Verkaufs vollständig und für immer. 2) Die Nachhypothekarien verlieren ihr Oblationsrecht mit dem Abschluß des Pfandverkaufs; der Vorzug des ersten Hypothekars wird also ein peremptorischer. An und für sich bleibt ihr Recht bestehen. 224

Drittes Kapitel.

Wiederaufhebung des Pfandverkaufs.

§ 116. Aufhebung durch die Contrahenten selbst. 1) Aufhebung durch Einverständniß zwischen Pfandgläubiger und Pfandkäufer. Der Gläubiger wird hierdurch dem Verpfänder nicht verantwortlich. 2) Einseitige Aufhebung auf Grund einer Vertragsbestimmung oder eines gesetzlichen Rescissionsgrundes. — laesio enormis. Fälle der Auflösung des Kaufs rückwärts hin; der Wiederherstellung des alten Zustandes durch Retradition und Neuconstituirung des Pfandrechts. 229

§ 117. Aufhebung auf Ansuchen des Verpfänders. 1) Auf Grund eines Vorbehalts des Gläubigers beim Pfandverkauf. Gültigkeit, Wirksamkeit desselben. 2) Auf Grund eines Restitutionsgrundes. In welchem Umfang wird der Minderjährige gegen den Verkauf seiner Pfandobjecte durch den Pfandgläubiger restituirt. Wirkung der Restitution des Verpfänders für das Pfandrecht des Verkäufers. 234

Viertes Kapitel.

Vom Zuschlag der Pfandsache an den Creditor.

§ 118. Das Verfahren und die Wirkungen. Zeit der Ausbildung des Zuschlagrechts. l. 3 C. de jure dominii impetrando 8. 34. 1) Formalien. 2) Erwerb des Eigenthums mit dem Datum des Rescripts. Besitz nicht nothwendig. Lösefrist. Suspensiv oder resolutiv? Rücktrittsrecht des Creditors. Verkauf der zugeschlagenen Sache während der Frist. Gefahr des zufälligen Untergangs? Der Gläubiger hat die Stellung eines Pfandkäufers, nicht eines Käufers vom Schuldner. Modus der Schätzung. Ansprüche im Fall der Eviction. Entgegengesetzte Auffassungen bei der datio in solutum. Zuschlag an den Bürgen. Rescript über den Zuschlag bei Cassiodor var. tit. V. epist. 7. 240

Fünftes Kapitel.

Verkauf des pignus in causa judicati captum.

§ 119. Verfahren. Leitung durch die Obrigkeit. Ausführung durch Subalternbeamte. Competenz derselben. Oeffentliche Versteigerung gegen baar. Es entstehen keine contractliche Verpflichtungen zwischen Käufer und Verkäufer. Ansprüche des Käufers im Fall einer Eviction. Klage des Exequendus und des Gläubigers wegen Dolus des Executors. Actio neg. gest. oder doli? Verschiedene Weisen des Zuschlags, falls sich ein Käufer nicht findet. 250

Digitized by Google

Seite

Sechstes Kapitel.

Der Pfandverkauf im heutigen Recht.

§ 120. Subhastation der Hypotheken. Verkauf der Hypotheken durch den Richter nach germanischem Gewohnheitsrecht. Ist der Richter Vertreter des Gläubigers oder des Exequendus? Das Verhältniß ist ein publicistisches, der Richter nicht Mandatar einer der Partheien. Verfahren. Liquidität der Forderung. Zulassung von Nachhypothekarien zur Betreibung. Perfection des Vertrags mit der Zufertigung der Adjudication an den Käufer. Erwerb des Eigenthums durch den Adjudicatar ohne Besitzergreifung. Der Richter übernimmt durch den Verkauf keine persönliche Verpflichtung. Verfügung der Exmission kann durch eine actio emti nicht erzwungen werden. Der Gläubiger der Forderung auf den Kaufpreis zunächst ungewiß. Erlöschen der Pfandrechte mit der Creditirung durch den Richter. Sorge für Neubestellung einer Hypothek zu Gunsten des Perceptionsberechtigten. Wiederverkauf auf Gefahr des Adjudicatars im Fall der Nichtberichtigung des Kaufpreises. Fortbestehen der persönlichen Forderung des Gläubigers nach der Adjudication. Haftung des betreibenden Gläubigers wegen der Mängel der subhastirten Sache? Einfluß des Concurses auf die Fortsetzung des Subhastationsverfahrens. Einziehung des gerichtlich asservirten Erlöses in die Concursmasse? 257

§ 121. Verkauf der Faustpfänder. Einfluß des Concurses auf den Verkauf der Faustpfänder. Verkauf der Faustpfänder nach den Grundsätzen des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs Art. 310 und Art. 311 269

Anhang.

Von der lex commissoria.

§ 122. Einleitung. Verbot Constantins. Vortheile, Härten der Clausel. Das Verbot ist nicht in die classische Zeit zu setzen 273

§ 123. Charakter der lex commissoria. Der Gläubiger hatte die Wahl, die Schuldzahlung oder die Sache zu fordern. Unabänderlichkeit derselben. Er konnte sich für die Committirung entscheiden, auch wenn nur ein Rest der Forderung ausstand und konnte zur Rückzahlung des empfangnen Betrags nicht angehalten werden. Gefahr der Caption der Schuldner 276

§ 124. Fortsetzung. Verkauf der Pfandsache an den Creditor. Verschiedenheit der lex commissoria und des Verkaufs. Bei der ersten ist der Gläubiger nicht gebunden, fehlt es an einem pretium certum. Daher ist auch nach dem constantinischen Verbot gestattet: Verkauf der Pfandsache an den Gläubiger nach Abschluß der Verpfändung, desgleichen der gleichzeitig mit der Verpfändung abgeschloßne bedingte Verkauf, ohne Rücksicht darauf, ob das pretium justum ist. Detailfragen hinsichtlich der lex commissoria 279

Viertes Hauptstück.

Von den Schutzmitteln des Pfandrechts.

§ 125. Einleitende Bemerkungen. Gefährdung des Gläubigers durch die längere Dauer des Processes über seine Pfandberechtigung. Vorsorge im classischen römischen Proceß durch die Pflicht des Verklagten zur Stellung einer cautio judicatum solvi. Bedürfniß des summarischen Verfahrens im justinianeischen und gemeinen Recht 286

Erstes Kapitel.

Ordentliches Verfahren.

§ 126. Einleitung. Die actio hypothecaria eine dingliche Klage zum Schutze des Pfandrechts an körperlichen Sachen 289

§ 127. Activ- und Passivlegitimation. Kläger. Verklagter. Bedeutung der bona und mala fides auf dem Gebiete des Pfandrechts. Nicht-

Digitized by Google

Seite

haftung Dessen, der die Sache bei Beginn des Processes bona fide verkauft hat. Klage des besitzenden Faustpfandgläubigers behufs gerichtlicher Versilberung des Pfands. Klage gegen den s. g. Civil- und Naturalbesitzer 290

§ 128. Zeitpunkt der Anstellung der Klage. Bei der Hypothek ist Fälligkeit der Forderung nothwendig, nicht so beim Faustpfand. l. 13 § 5 D. de pignoribus 20, 1. Nothwendigkeit vorgängiger Kündigung der Forderung an den Schuldner, nicht an den Besitzer, bei Forderungen auf Kündigung. Zulassung der Hypothekarklage vor Fälligwerden der Forderung im Fall einer Gefährdung der Integrität des Pfandes 295

§ 129. Inhalt der Klagschrift. Substantiirung. Petitum; römisches Recht, neue Klagbitte des heutigen Rechts. Alternative Forderung der Schuldzahlung oder der Pfandrestitution. 299

§ 130. Beweis. Beweiskraft außergerichtlicher Bekenntnisse des Verpfänders gegenüber dritten Besitzern der Pfandsache. Wirkung von Urtheil, Eid gegenüber Dritten. Nachweis des in bonis dem Verpfänder gegenüber? Beweislast hinsichtlich der Priorität, falls das höhere Alter eines Sacherwerbs oder einer Verpfändung zweifelhaft ist. Beweis des Besitzes des Beklagten. Ableugnung des Besitzes durch denselben 301

§ 131. Schuldzahlung während des Pfandprocesses. Abwendung der Pfandklage ist stets durch Oblation vor Gericht möglich. Auch der fictus possessor hat dieses Recht 307

§ 132. Urtheile auf Grund der Pfandklage. Verfahren in classischer Zeit. Die Pfandklage endete in classischer Zeit mit einer Condemnation in Geld. Directe Erzwingung des vorhergehenden Restitutionsbefehls war unzulässig. Beweis aus l. 3 § 2 D. de rebus minorum 27, 9. Erklärung dieser Erscheinung. Verhältnisse der im classischen Proceß gefällten Urtheile. Erklärung der l. 16 § 5 D. de pignoribus 20, 1. — Antinomie zwischen l. 21 § 3 und l. 16 § 6 D. de pignoribus 308

§ 133. Fortsetzung. Detailpunkte. 1) Ort der Restitution der Pfandsache. Verschiedene Stellung des bonae und malae fidei possessor. 2) Restitution der Früchte bei Gelegenheit der Pfandklage officio judicis; jedenfalls nur die nach dem Fälligwerden der Forderung gezogenen. 3) Verhaftung des Besitzers, der die Existenz eines fremden Rechts kennt, für culpa schon vor dem Proceß. 4) Steigerung der Haftpflicht mit dem Proceßanfang. 5) Veräußerung der Pfandsache durch den Besitzer während der Dauer des Pfandprocesses. Pflicht des Erwerbers zur Anerkennung des gegen den Autor gefällten Erkenntnisses 317

Zweites Kapitel.

Summarische Processe.

§ 134. Einleitung. Eigenmächtige Besitzergreifung 1) mit gröberer Gewaltthat — crimen de vi, 2) ohne solche ist dem Faustpfandgläubiger eigenmächtige Apprehension gestattet, dem Hypothekar steht das decretum divi Marci entgegen; dies ist unanwendbar bei einem Vertrag, welcher dem Gläubiger eigenmächtige Occupation des Besitzes gestattet. l. 3 C. de pignoribus 8. 14 324

§ 135. Fortsetzung. Pactum de ingrediendo. Entwicklung zu einem eignen Rechtsmittel. Die italiänische Jurisprudenz findet eine Stütze des germanischen Pfändungsrechts in der l. 3 cit. Bildung eines summarischen Rechtsmittels. Reception in Deutschland; der Deputationsabschied von Speier von 1600 § 31 verspricht ein mandatum sine clausula im Fall einer öffentlichen Urkunde mit der Pfändungsclausel. Neuere Praxis 328

§ 136. Recht der Perclusion. Zurückhaltung der Mobilien des Miethers durch den Vermiether. 1) Voraussetzungen der Perclusion. Vermiethung, Verpachtung, Commodat; eine Verpfändung. 2) Aufhebung der Arrestirung kann gefordert werden, wenn die retinirte Sache nicht zu den verpfändeten gehört oder die Miethforderung nachweisbar völlig getilgt ist. Interdictum de migrando; daneben Verfahren extra ordinem; Gründe 332

Digitized by Google

Seite

§ 137. Interdictum Salvianum. Prohibitorische Fassung. Voraussetzungen des Interdicts. Es ist das in bonis debitoris nicht erfordert, sondern genügt das pignoris nomine inferre. Fälligkeit der Pachtforderung? Zulassung gegenüber dritten Besitzern der Pfandobjecte? Ausdehnung über den Pacht hinaus auf jede Hypothek? Der mit dem Salvianum Unterliegende ist zur Anstellung der hypothecaria immer noch befugt 338

§ 138. Justinianeisches Recht. Modernes Recht des Salvianum. Im justinianeischen Recht hat es Qualitäten eines summarischen Rechtsmittels gewonnen; seit dem Mittelalter ist dieser Charakter durch Ausschließung illiquider Einreden entschieden hervorgetreten. In dieser neuen Gestalt beschränkt es sich nicht mehr auf den Pacht 348

Drittes Kapitel.

Beschränkungen der Geltendmachung des Pfandrechts.

§ 139. I. Retention wegen Verwendungen. 1) Recht des bonae fidei des malae fidei possessor. 2) Bestehen der Verwendung im Moment des Urtheils, ja des Pfandverkaufs ist gefordert. Compensation der Verwendungen mit dem Fruchtgenuß. 3) Recht des persönlichen Schuldners, eines Bürgen im Besitz, eines Verpfänders, der für eine fremde Schuld intercedirte . . 352

§ 140. Quellenzeugnisse. Beseitigung der Antinomie zwischen l. 29 § 2 D. de pignoribus 20, 1 und l. 44 § 1 D. de damno infecto 39, 2 . 359

§ 141. II. Retention bis zur Abtretung der Forderung, s. g. beneficium cedendarum actionum. Geltung und Gründe dieses beneficium. Nur dem bonae fidei possessor steht es zu; ob dem bloßen Detentor? Repartition unter Nebenverpflichtete durch dieses beneficium. Vorzug der Bürgen oder der Pfandbesitzer? Der Gläubiger ist nicht verantwortlich für Verlust des Forderungsrechts; er steht für die juristischen Qualitäten der Forderung und die Solvenz des Schuldners im Fall erzwungner Cession nicht ein 363

§ 142. III. Das sogenannte beneficium excussionis realis. Erklärung der l. 2 D. qui pot. in pign. 20, 4. Rechtsgrund des beneficium? Nicht Convention, sondern richterliche Intervention bei Ausübung der Rechtspflege. Nicht nur der Nachhypothekar, sondern auch der Schuldner und dessen andre Successoren haben Anspruch auf dies beneficium 370

§ 143. IV. Verweisung auf den persönlichen Schuldner — beneficium excussionis personalis. Aeltere Manifestationen des Gedankens, daß der persönliche Schuldner vor dem Pfandbesitzer zu belangen sei. l. 10 C. de pign. 8. 14. Justinians Neuerung in der nov. 4. Die nov. 112 cap. 1 beseitigt das beneficium wieder beim Verkauf einer speciell verpfändeten Sache. Gesammtzusammenhang dieser Verordnung 376

§ 144. Fortsetzung. Wem steht das beneficium zu? Auch dem malae fidei possessor? Dem Faustpfandgläubiger kann es nicht opponirt werden. Die Excussion fällt weg auch bei Abwesenheit des persönlichen Schuldners, bei einer Klage wegen Gefährdung der Hypothek, im Fall des Concurses 380

Viertes Kapitel.

Befähigung des Pfandgläubigers zur Benutzung nicht pfandrechtlicher Rechtsmitel.

§ 145. Einleitung. Klagen, die nur den Anschein eines Pfandrechts oder den Besitz als Pfandgläubiger voraussetzen. a. ad exhibendum, hered. petitio u. s. f. 387

§ 146. Rechtsmittel zur Vertheidigung des Pfandrechts. actio confessoria und negatoria wegen Servituten. Gründe, weswegen dem Usufructuar die directe Vindication der dem usufruirten Grundstück zustehenden Servitut versagt ist. Res judicata für und gegen den Verpfänder. — Operis novi nunciatio u. s. f., Anspruch auf damni infecti cautio 388

Digitized by Google

Seite

§ 147. Fortsetzung. Die Theilungsklagen. 1) actio communi dividundo: zur Theilung zwischen mehreren Pfandgläubigern. Nicht zuständig bei solidarisch Berechtigten. Wirkung der Adjudication. Klage des Miteigenthümers gegen den Pfandgläubiger des socius. Ist auch der Letztere zur Anstellung der Theilungsklage gegen den Ersten befugt? 2) actio finium regundorum des Pfandgläubigers; die hier gezogne Gränze gilt auch für den Verpfänder 392

§ 148. Delictsklagen. Schwierigkeit des Verhältnisses. 1) Entwendungen. Condictio furtiva? Doppelte Function der actio furti des Pfandgläubigers. 2) Beschädigungen; die actio legis Aquiliae, zunächst nur dem Eigenthümer gegeben, ist im Fall einer Beschädigung durch einen Dritten dem Gläubiger nur ausnahmsweise zuständig. l. 30 § 1 D. ad legem Aquiliam 9, 2. Anders bei Beschädigung durch den Verpfänder selbst. — Andre Klagen . 397

Dritter Abschnitt.

Verhältniß mehrerer Pfandgläubiger.

Erstes Kapitel.

Bestimmung der Rangordnung.

§ 149. Einleitung. Gleichstehende Pfandberechtigungen. Möglichkeit mehrerer Pfandrechte an derselben Sache. Gegensatz des Usufructs. Gleichstarke Pfandrechte in solidum. Vorzug des Besitzers. Vertheilung des Erlöses beim Verkauf durch den Richter. Im Zweifel entstehen bei gleichzeitiger Verleihung durch einen Act Theilpfandrechte. Nach welchem Maaßstabe tritt die Theilung ein? Solidarische Berechtigung, wenn die Priorität nicht zu ermitteln ist. Mehrere Pfandrechte, die unabhängig von einander an einem Tage errichtet sind 405

§ 150. Altersvorzug der Pfandrechte. Stellung der Cessionarien, denen eine Forderung successiv und stückweise übertragen wurde. Datum eines durch Adjudication entstandnen Pfandrechts? Kann für eine künftig zu begründende Schuld die Priorität vorbehalten werden? Datum der Eintragung, wo Inscription nöthig ist 411

§ 151. Vom Pfandrecht in einer öffentlichen Urkunde und vom sogenannten öffentlichen Pfandrecht. Bestimmung der l. 11 C. qui pot. 8. 18. Grundgedanke. Nicht Bevorzugung öffentlicher Urkunden, sondern Mißtrauen gegen unbeglaubigte Privaturkunden. Nachweis aus andern Verordnungen der christlichen Kaiserzeit. Es ist die Verordnung auch auf Privaturkunden, die zum Nachweis gesetzlicher, privilegirter Pfandrechte dienen, zu erstrecken. Die spätere Beglaubigung der Privaturkunde beseitigt den Mangel für die Zukunft. Gegensatz des römischen p. publicum und des deutschen gerichtsöffentlichen Pfandrechts 417

§ 152. Privilegien wegen versio in rem. Voraussetzung. 1. Constituirung einer Forderung, die objectiv ältere Pfandrechte verbessert. Inwieweit ist eine subjective hierauf gerichtete Absicht erforderlich? Privilegium wegen Anschaffung einer Sache, auch des Käufers u. s. w., wegen Creditirung des Kaufpreises. Umfang des Privilegiums wegen nothwendiger und nützlicher Verwendung. Nur soweit die Verbesserung existirt. 2) Pfandbestellung. Auch eine Generalhypothek genügt 427

§ 153. Privilegium des Fiscus. 1) wegen der Steuern, 2) nach l. 28 D. de jure fisci 49, 14. Ertheilung eines Privilegiums durch diese Bestimmung. Erklärung desselben. Die vom Fiscalschuldner gemachten Anschaffungen gelten als mit pecunia publica gemacht. Zusammenstellung mit l. 18 § 10 D. de jure fisci 49, 14 436

§ 154. Privilegium der Dotalhypothek. Anknüpfungspunkte der justinianeischen Verordnung. augmentum dotis. Inwieweit steht das Privilegium den Kindern der Ehefrau zu? Collision mit Hypotheken des Fiscus. Uebergang des Privilegiums auf Cessionare. l. 42 D. de adm. tut. 26, 7 . . 443

Digitized by Google

Seite

§ 155. Ordnung der privilegirten Hypotheken unter einander. Priorität der Forderung des Fiscus wegen der Abgaben oder der Ehefrau wegen der Dos? Verhältniß der Dotalhypothek und des wegen versio in rem privilegirten Pfandrechts? Mehrere wegen versio in rem privilegirte Pfandrechte. Privilegium der l. 28 D. de jure fisci 49, 14 452

§ 156. Kraft der Privilegien gegenüber Pfandrechten vom Autor. Die Gesetze erkennen ein Privilegium wegen der Steuern und der Dos nur den Gläubigern des Steuerpflichtigen und des Ehemanns gegenüber an, wenn auch nicht erhellt, daß diese Beschränkung eine bewußte ist. Anders bei der versio in rem. Modernes Separationsrecht 457

§ 157. Fälle relativer Priorität. Der anormale Zustand bloß relativer Priorität entsteht 1) durch ein Urtheil, welches im Proceß zwischen Tertius und Primus dem ersten den Vorzug giebt. Es erzeugt keine Succession des Tertius und ist weder für noch gegen Secundus rechtskräftig. l. 16 D. qui pot. 20, 4. Mittel zur Beseitigung des circulus. Unzureichend ist die Oblation des Tertius an den Secundus, ausreichend aber Oblation des Secundus an Primus. Beiseitesetzung des Urtheils, wenn der Richter verkauft. 2) Im Concursproceß. Dieser ist kein Aggregat von Urtheilen, sondern eine Einheit. Consequenzen. 3) Durch Gesetz, wenn ein Pfandrecht nur einem der älteren, nicht allen vorgehenden gegenüber bevorzugt ist. Hier wird das Privilegium wirkungslos 462

§ 158. Uebertragung der Priorität und Verzicht auf dieselbe. Verzicht zu Gunsten eines spätern Gläubigers in der Absicht, diesem die Priorität des Verzichtenden zu übertragen. Unzulässigkeit der Uebertragung der Priorität als solcher. Erreichbarkeit der Absicht der Partheien durch wechselseitige Cessionen ihrer Forderungsrechte. Inwieweit enthält Zustimmung zu Bestellung einer Nachhypothek durch den Vorgänger Aufgabe des Pfandrechts? l. 12. D. q. m. p. s. 20, 6. l. 12 § 4 D. qui pot. 20, 4. lex Anastasiana der l. 21. C. ad Senatusc. Vellej. 4, 29 475

Zweites Kapitel.

Rechtsstellung des Nachhypothekars.

§ 159. Historische Entwicklung der Rechte des zweiten Pfandgläubigers. Gestaltung bei der fiducia. Ursprünglich bestand die Nachhypothek in Verpfändung der hyperocha und einer Verpfändung der Sache unter der Bedingung der Absindung des Primus. Beweis aus der l. 15 § 2 D. de pign. 20, 1. Die Verpfändung der Sache an Mehrere Product späterer Rechtsentwicklung 479

§ 160. Rechte des Nachhypothekars. Er hat kein Verkaufsrecht; kann dem Vorgänger, welchem mehrere Objecte verpfändet sind, die freie Bestimmung hinsichtlich des Verkaufs nicht verkümmern. Im Concurs kann der Nachhypothekar fordern, daß der Richter seine Rechte möglichst erhalte. Consequenzen. Rechte des Nachhypothekars. 1) Auf die hyperocha. Juristische Construction dieses Anspruchs. 2) Recht auf den Besitz und die actio hypothecaria. 3) jus offerendi 482

Drittes Kapitel.

Die hypothekarische Succession.

§ 161. Einleitung. Derivative und originäre Succession. Die hypothekarische Succession beruht nicht auf einem Uebergang der alten Forderung und des alten Pfandrechts auf den Successor, sondern auf einem Einrücken eines neuen Rechts an die Stelle eines abgefundnen. Verwandtschaft mit der versio in rem 490

§ 162. Abfindungsgeschäfte. Novation. Oeconomische Wichtigkeit dieser Geschäfte. Voraussetzungen. 1) Begründung eines neuen Pfandrechts an der früher verpfändeten Sache. Also Vorhandensein aller Voraussetzung einer Neubestellung, nicht bloßer Vorbehalt. l. 2. D. de pign. act. 13. 7. Nicht

Digitized by Google

Seite

im Widerspruch steht, daß der Vormund einem Gläubiger, der zur Abfindung eines älteren Hypothekars Geld vorschießt, ein Pfandrecht an der früher verpfändeten Sache ohne Decret bestellen kann; denn dies ist nicht gegen den Zweck der Oratio Severi. Auch eine Legal- und Generalhypothek genügt. 2) Es muß die Absicht bei Begründung der neuen Forderung gewesen sein, daß sie an die Stelle der alten tritt und es muß diese Absicht erreicht sein. Verschiedne Weisen des Abfindungsgeschäfts. 3) Nicht erforderlich ist ausdrücklicher Vorbehalt des alten Rangs, l. 3 C. de his qui in priorem 8. 19 497

§ 163. Fortsetzung. Bedeutung der hypothekarischen Succession im Fall der Novation und des Abfindungsvertrags. Folge der Succession ist Uebertragung des Rangs auf die Forderung. Uebergang der Verkaufsberechtigung des Primus? l. 3 D. quae res pignori 20, 3. Interpolation. Andre Erklärungen der Succession. — Ordnung, wenn Mehrere den Primus successive stückweise abfanden und sich nach einander eine Hypothek bestellen ließen. Vorzug der später Abzahlenden 508

§ 164. Succession des Käufers. Anomalien nach der gewöhnlichen Ansicht. Das Eigenthumsrecht des Käufers nimmt nur eine dem getilgten Pfandrecht gleiche Stellung ein. Die Abfindung des Pfandgläubigers aus dem Kaufpreis muß von vornherein beabsichtigt sein. 514

§ 165. Das jus offerendi et succedendi des zweiten Pfandgläubigers. Die Abfindung des Vorgängers durch Ausübung des jus offerendi tilgt die Forderung und das Pfandrecht des Primus. Die Forderung des Offerenten ist durch die Abfindung vermittelt. Das Pfandrecht, das dem Secundus vom Schuldner bewilligt ist, schützt jetzt auch diese Auslage, wie es sich überhaupt auf Verwendungen erstreckt; es rückt gleichzeitig in entsprechendem Maaße an die Stelle des dimittirten. Nachweis dieser Auffassung . . . 518

§ 166. Detailfragen. 1) Oblation falls die Forderung des Primus betagt, noch nicht rückzahlbar, bedingt ist. 2) Erforderniß, daß die Forderung des Primus noch bestehe. Ausnahme. 3) Ist der Nachhypothekar zur Vornahme der Oblation gehalten, sich zu legitimiren? 4) Inwieweit ist der Vorhypothekar zur Angabe der Größe seiner Forderung verpflichtet? 5) Nichtbestehen eines Pfandrechts, einer Forderung des angeblichen Primus. 6) Verschiedenheit der Forderung und des Pfandrechts des Abfindenden vom abgefundenen. Befreiung der für das letztre haftenden Pfandrechte und anderweiter Pfänder. 7) Hat auch der Primus ein jus offerendi gegenüber dem Nachhypothekar? 8) Collision für den Fall, daß Mehrere das Angebotsrecht exerciren 525

Viertes Buch.

Ende des Pfandrechts.

§ 167. Untergang durch Verzicht. Genügt zum Verzicht auf ein dingliches Recht einseitige Erklärung des Verzichtenden? Dies nicht bei Servituten. Desgleichen ging Eigenthum an res mancipi nicht durch einseitigen Verzicht verloren. Erst nach Anerkennung eines bonitarischen Rechts an res mancipi sahen die Sabinianer in Dereliction einer solchen Sache Aufgabe der bonitarischen Befugnisse des dominus l. 2 D. pro derelicto. Die Form des Verzichts geht parallel mit der Form der Errichtung. Daher ist zur Aufgabe eines Pfandrechts Acceptation vonnöthen. Testamentarischer Verzicht, Tragweite desselben 537

§ 168. Fortsetzung. Ist der Generalprocurator zum Verzicht auf das Pfandrecht befähigt? Der Vormund? Veräußerungsverbote. In dem Verzicht zu Gunsten eines spätern Pfandgläubigers liegt eine den Frauen verbotne Intercession. Erklärung dieser Erscheinung, Begriff der Intercession. Acceptation des Verzichts durch den Verpfänder, den Eigenthümer der Pfandsache, den Vertreter dieser Personen 542

Digitized by Google

Seite

§ 169. Fortsetzung. Art der Erklärung. Umfang des Verzichts. Indirecte Erklärung. 1) Rückgabe des Pfands oder des Hypothekeninstruments. 2) Annahme von Bürgen oder anderweitiger Pfänder? 3) Schweigen zur Veräußerung des Pfands? wenn der Pfandgläubiger gegenwärtig ist und doloserweise sein Recht verschweigt. Oeffentliche Aufforderung zur Einsprache — l. 1 C. de remiss. pign. 8. 26? 4) Einwilligung des Pfandgläubigers zur Veräußerung der Pfandsache gilt als Verzicht. Beschränkung des Umfangs des Verzichts auf einen Theil der Pfandsache, zu Gunsten gewisser Personen. Casuistik der römischen Juristen hinsichtlich des Umfangs und der Tragweite des Verzichts, der in der Zustimmung zu einer Veräußerung liegt. Antinomie von l. 8 § 7 u. § 8 D. q. m. p. s. 20, 6 und l. 11 C. de rem. pign. 8. 26 547

§ 170. Untergang der Pfandsache. Aufhebung der Identität der Sache, nicht bloße Veränderung vernichtet das Pfandrecht. a. Untergang des Pfandrechts an einer Mobilie, die sich einer andern Sache unificirt, die nach den Anschauungen des Verkehrs zu einer neuen Sache wird. Specification d. h. absichtliche Verwandlung ist nicht erforderlich. Pfandrecht an den Ueberresten eines gefallenen Thiers. b. Sind dem Pfandgläubiger eines Hauses nach dessen Zerstörung die Baumaterialien verpfändet? Gründe für die Bejahung. — Austritt der Pfandsache aus dem Commercium. Expropriation. Erstreckt sich das Pfandrecht an der Sache auch auf die Assecuranzsumme? Unterscheidung verschiedener Fälle. Abbrennen eines verhypothecirten Hauses während des Concurses des Schuldners 559

§ 171. Vereinigung von Pfandrecht und Eigenthum. Begriffliche Nothwendigkeit des Erlöschens des Pfandrechts in solchem Fall. Untergang für immer, es falle denn der Eigenthumsübergang rückwärts hin zusammen. Scheinbarer Widerspruch der l. 59 pr. D. ad S. C. Trebellianum. Der Eigenthumserwerb Seitens des Vorhypothekars kann den Nachhypothekarien keinen Gewinn bringen. Das Eigenthumsrecht des ersteren behauptet den letzteren gegenüber die Priorität a. sei es, daß die früher versicherte Forderung bestehen blieb l. 30 § 1 D. de exc. rei jud. 44, 2. sei es b. daß diese durch den Erwerb der Pfandsache getilgt wurde. Das Wissen des Erwerbers der Sache von seinem Pfandrecht ist irrelevant 567

§ 172. Erlöschen durch Untergang der versicherten Forderung. Fortbestehen des Pfandrechts, wenn die Forderung zwar civiliter untergeht, aber noch eine natürliche Existenz behält. Zur Geschichte der naturalis obligatio. Ursprünglich frug man nur, ob pecunia soluta oder satisfactum. Diese Betrachtungsweise wurde schon bei den Römern durch eine principielle verdrängt, sie ist untauglich ein Dogma zu bilden 574

§ 173. Fortsetzung. Tilgungsgründe der Obligation. 1) Zahlung, revocable? 2) datio in solutum. Depositon; tilgt sie die Schuld ipso jure? sind die Pfänder auch bei einer Rücknahme durch den Debitor befreit? 3) Untergang der geschuldeten Sache. 4) Novation. Das Pfandrecht erhält sich, wenn dieselbe vom Standpunkt des prätorischen Rechts keine Anerkennung fin- S. C. Vellejanum. 5) acceptilatio, pactum de non petendo. Heutiges Recht? 6) Urtheil. Völlige Tilgung oder naturalis obligatio? Controverse unter den römischen Juristen. 7) Verjährung. Aeltere Fristen, Theodosianische Klagenverjährung. 8) Confusion. Charakter dieses Tilgungsgrundes. Gleichstellung mit der Zahlung? Wiederaufhebung, beneficium separationis, inventarii. Erzwungner Erbschaftsantritt. 9) Fortdauer des für eine Bürgschaftsschuld gestellten Pfandrechts nach Confusion der Bürgschafts- und der Hauptschuld. Afterverbürgung 579

§ 174. Erlöschen des Pfandrechts in Folge besondrer Privilegien Dritter oder Versäumniß und Schuld des Pfandgläubigers. 1) Veräußerung durch den Fiscus und den Regenten. 2) Durch den Inventarerben. Verkauf mala fide. 3) Präclusion im Concurs. 4) Untergang wegen verweigerter damni infecti cautio. Antinomie zwischen l. 15 § 25 und l. 44 § 1 D. h. t. 39, 2? 5) Verlust wegen Mißbrauchs der Pfandsache? 593

Digitized by Google

Seite

§ 175. Einfluß der Zeit auf die Beseitigung der Pfandansprüche. I. longi temporis praescriptio. Richtet sie sich nach den Grundsätzen der Ersitzung oder der Klagenverjährung? Sie läuft erst, wenn die Hypothekarklage zuständig ist. Begriff der bona fides bei dieser praescriptio. Kann auch ein Nichteigenthümer dem Pfandrecht gegenüber präscribiren? Inwieweit sind die von der Ersitzung ausgenommnen Objecte der praescriptio gegenüber dem Pfandrecht entzogen? II. praescriptio. XXX annorum. Besondre Bestimmungen über die Zeit dieser Ersitzung. Replik nach Ablauf der Verjährungsfrist im Fall des Besitzverlustes 596

Berichtigungen.

1. Band S. 246 Anm. 14 lies S. 193 statt 139.
S. 340 Z. 23 lies Ausspruch statt Anspruch.
S. 449 Anm. 19 lies l. 48 statt l. 49.
S. 492 Z. 20 lies zu verpfänden statt zu begründen.
S. 517 Anm. 8 lies l. 89 statt l. 81.

2. Band S. 183 lies § 107 c) Haftung statt § 107 Haftung.
S. 185 lies § 108 2) Ansprüche statt § 108 Ansprüche.
S. 217 lies § 114 2) Recht des Verpf. statt § 114 Recht des Verpf.
S. 353 Z. 1 lies 1. Gegenüber statt Gegenüber.
S. 363 lies § 141 statt § 140.
S. 376 Anm. 19 lies Strube's statt Stricker.
S. 518 lies § 165 statt § 163.

Bemerkungen.

Cujacius ist citirt nach der Ausgabe Venetiis 1758.
Bartolus = = = = = Lugduni 1555.

Digitized by Google

Drittes Buch.

Wirkungen des Pfandrechts.

Digitized by Google

Digitized by Google

Erster Abschnitt.

Rechtsstellung des Eigenthümers der Pfandsache.

§ 79. Collision der Eigenthumsbefugnisse und des Pfandrechts.

Nachdem wir im letzten Buche unsres Werkes die Voraussetzungen dargelegt haben, deren das Pfandrecht zu seiner Entstehung bedarf, wird uns in diesem Buch hauptsächlich eine eingehende Prüfung der Befugnisse beschäftigen, welche das Pfandrecht dem Gläubiger gewährt.

Hierbei soll uns eine Betrachtung der Stellung den Weg bahnen, welche der verpfändende Eigenthümer und dessen Successoren im Eigenthum nach der Verpfändung innehaben. Es tritt uns damit die Kehrseite des Pfandrechts entgegen, auf der sich dessen Formen scharf ausprägen und an der sich dessen Gränzen am deutlichsten abzeichnen.

Natürlich ist das pfandrechtliche System das vorzüglichste, welches den beiden Anforderungen, unerschütterliche Sicherung für den Gläubiger auf der einen, möglichst geringe Belästigung des Verpfänders auf der andern Seite am vollständigsten genügt. Je weniger der Verpfänder beschränkt ist, desto eher ist er im Stande alle Hülfsmittel, die ihm sein Vermögen bietet, zu verwerthen und zur Tilgung seiner Schuld zu benutzen, desto leichter werden sich die Eigenthümer zur Aufnahme von Geldern unter Pfandbestellung entschließen, ihren Credit anspannen und ihre Erwerbsmittel vervielfältigen. Eine möglichst unabhängige Stellung des Verpfänders liegt also nicht bloß in seinem Interesse, sie ist selbst für den Capitalisten, ja für die Gesammtheit wünschbar. Wie günstig in diesem Betracht die spätere römische Verpfändungsform, die dem heutigen Recht zur Grundlage dient, vor der altcivilen Fiducia absticht, bedarf keines Nachweises.

Indem der Verpfänder Eigenthümer bleibt, liegt der Schwerpunkt des Verhältnisses in seinem Recht. Bei der Hypothek macht sich das

Digitized by Google

Recht des Gläubigers, wie sicher und unanfechtbar es besteht, kaum fühlbar, ehe die Schuld fällig ist und der Creditor zu Executionsmaßregeln genöthigt ist; beim Faustpfand tritt die Pfandbefugniß mehr äußerlich in den Vordergrund. Aber dem Eigenthumsrecht gegenüber bleibt sie im Verhältniß der begränzten Befugniß zu der im Zweifel unbegränzten.

Daher fallen denn alle Vortheile, welche die Sache direct oder indirect abwirft, alle Erweiterungen die ihr zukommen, ihre anderweitigen Accessionen — Insel und Schatz — immer in das Eigenthum des Verpfänders[1]), während die Entstehung des Pfandrechts an diesen Objecten im einzelnen Fall besonders motivirt sein muß.

Daher behält der Verpfänder nach wie vor die factische und juristische Disposition über die Sache; also das Recht thatsächlicher Einwirkung und Verwaltung, die Möglichkeit der Vindication und die Befugniß zur Veräußerung.

1) Der Verpfänder und sein Successor im Eigenthum hat: Recht und Macht — so lange ihm der Besitz verbleibt — mit der Sache nach freiem Ermessen zu wirthschaften; er kann pflanzen und bauen, die Bestimmung der Sache, die Art ihrer Benutzung und Qualität ihres Ertrags ändern, falls er nur den Werth der Sache nicht verringert und dieselbe nicht in eine Lage bringt, welche die Sicherheit des Gläubigers gefährdet und aufs Spiel setzt.

Ueberschreitet er diese Gränze, lassen seine Dispositionen eine Deterioration des Pfandobjects oder auch nur erhebliche Erschwerung der Verkäuflichkeit des Pfands befürchten, so kann ihm der Gläubiger Einhalt gebieten oder Ersatz für den geschehenen Schaden fordern; so namentlich wenn der Verpfänder auf dem Pfandgrundstücke ohne Noth Gebäude niederreißt, Holzungen auszurotten beginnt, ein fruchttragendes Grundstück in einen Lustpark verwandeln will[2]). Er hat gegen den Verpfänder der noch im Besitz ist die actio pigneratitia in personam contraria, wodurch er ihn wegen jedes Benehmens, das gegen die bona fides verstößt, zur Rechenschaft zieht[3]); im Fall schuldhafter körperlicher Beschädigung oder Vernichtung der Sache steht ihm gegen den Beschädiger, wer dies auch sei, die actio legis Aquiliae zu Gebote[4]). Endlich aber kann der Gläubiger gegen den Besitzer die actio hypo-

1) l. 21 § 2 D. de pign. 20, 1.
2) Curtius sächs. Civilrecht § 1088. a. Anmerk. c.
3) l. 9 D. de pign. a. 13, 7.
4) l. 27 D. de pign. 20, 1.

Digitized by Google

thecaria anstellen, mit der er noch vor Fälligwerden der Schuld Herausgabe der Pfandsache erzwingt, wenn sein Interesse durch das Gebahren des Besitzers ernstlich bedroht ist. Ist der Schaden bereits geschehen, so dient ihm gleichfalls die actio hypothecaria zur Herbeiführung einer Ersatzleistung, wenn dem Besitzer eine Schuld zur Last fällt[5]).

Ist vom Besitzer die Niederreißung eines Gebäudes beabsichtigt, das neu errichtet werden soll, so wird der Gläubiger Caution wegen Wiederherstellung fordern können. Er muß nicht dulden, daß ihm die gestellte Sicherheit theilweise entzogen werde, wenn er nicht gleichgute Garantie für den Ersatz erhält.

2) Trotz der Verpfändung bleibt dem Eigenthümer des Pfandes die Vindication der Sache. Dritten gegenüber kann er dieselbe stets erheben, auch ehe die Pfandschuld getilgt ist; selbst der Hypothekar, der vor Fälligwerden der Pfandschuld zufällig in den Besitz kam, kann noch mit derselben belangt werden. Nur gegen den Faustpfandgläubiger und gegen alle, die in dessen Namen oder statt desselben besitzen, als Depositare, Miether, Afterpfandgläubiger ist die Klage während der ganzen Dauer des Pfandverhältnisses bis zur Tilgung der Pfandschuld, gegen den Hypothekar ist sie von Fälligwerden der versicherten Schuld an bis zu deren Tilgung gehemmt[6]). Außerdem hat natürlich der Verpfänder soluta pecunia die vortheilhafte actio pigneratitia in personam gegen den Gläubiger, um sich den Besitz zurückzuverschaffen, ein späterer Erwerber der Pfandsache ist einzig auf die Vindication verwiesen[7]).

Es ist hier der Ort, einer interessanten Frage zu gedenken. Das Pfandrecht geht durch die Ersitzung des Eigenthums an der Pfandsache Seitens eines gutgläubigen Besitzers nicht unter. Der Pfandgläubiger kann daher noch dem Usucapionseigenthümer die Pfandsache mit der actio hypothecaria wegnehmen. Er ist aber auf der andern Seite in Folge des Pfandcontracts verpflichtet wenn ihm sein Verpfänder Zahlung der Pfandschuld leistet, diesem die Sache herauszugeben.

---

5) Unten hierüber ausführlicher.

6) cfr. l. 40 D. de pign. a. 13, 7.; l. 1 C. si pignoris convent. 8, 33. An und für sich ist natürlich die Klage auch gegen diese Personen begründet, die exc. rei pignori datae kann noch während des Prozesses durch Oblation der Schuldsumme beseitigt und so ein obsiegliches Urtheil errungen werden. l. 9 C. de pignoribus 8, 11.

7) Daß der Eigenthümer einer Sache eine actio negatoria gegen den hat, der sich wörtlich eines Pfandrechts berühmt, behauptet — mit Unrecht — Zimmermann Archiv f. prakt. Rechtsw. Bd. II. S. 311. Blätter für Rechtspfl. in Thüringen Bd. V. S. 326. Dag. Hesse Nachbarrecht Bd. 2 S. 23 ff.

Digitized by Google

Wie gestaltet sich jetzt das Recht des Usucapionseigenthümers, zum Verpfänder, dem dereinstigen Eigenthümer? Kein Zweifel, daß dem Ersteren die rei vindicatio gegen den Verpfänder zusteht, der in Folge der Ersitzung sein Eigenthumsrecht nun einmal für immer verloren hat; kann aber der Verpfänder dem Vindicanten eine exceptio doli entgegensetzen, mittelst deren er die Sache retinirt, bis Jener die Summe zahlt, welche auf dem Pfand lastete und die durch den Verpfänder abgetragen ist? Nicht treffend wäre der Einwand, daß der Verpfänder, indem er seine eigne Schuld tilgte, nicht im Interesse des Usucapionseigenthümers zu handeln dachte. Denn dies ist wohl zur Begründung einer actio negotiorum gestorum nicht aber einer Retentionseinrede gefordert, bei der vielmehr die objective Thatsache der Verbesserung allein ins Gewicht fällt. Immerhin ist der Grundgedanke des Retentionsrechts, man solle ex aliena jactura sich keine Bereicherung aneignen. Der Schuldner kann es aber nicht Verlust nennen, wenn er die eigne Schuld erfüllte; diese ist von dem entrichtet, welchem dieselbe zunächst obliegt; er kann hieraus ein Retentionsrecht nicht ableiten [8]).

3) Weit unmittelbarer als durch die bisher genannten Dispositionshandlungen wird die Stellung des Pfandgläubigers berührt durch eine Veräußerung der Pfandsache. Auch zu ihr ist aber der Verpfänder als Eigenthümer unbedingt befähigt [9]). Nur die Delictsklagen halten ihn zurück, diese Befähigung in einer Weise zu gebrauchen, welche die Pfandansprüche illusorisch machen würde.

Der Verpfänder kann ebensowohl unter Lebenden veräußern als durch Vermächtniß; nicht nur en bloc, sondern auch wie lästig dies dem Pfandgläubiger werden mag, in Parzellen. Deßgleichen ist er im Stande das Pfandobject mit Servituten zu belasten, es wird später untersucht werden, inwieweit der Gläubiger verpflichtet ist, solche Servituten beim Verkauf zu respectiren. Die Anstellung der actio hypothecaria [10]) Seitens des Gläubigers suspendirt diese Befugniß des Verpfänders nicht, da nur Erhebung der Eigenthumsklage das Klageobject litigios und unveräußerlich macht. Selbst nach Einleitung des Verkaufsverfahrens Seitens des Gläubigers und der Anzeige an den Ver-

8) cfr. Gloße und Bartolus zu l. 1 cum praedium D. de pign. 20, 1. Negusantius p. VI. m. 2. n. 17 v. septimo.

9) l. 12 C. de distr. pign. 8, 28.

10) Warnungen Seitens des Gläubigers l. 24 C. de evict. 8, 45 nehmen dem Erwerber nur den Vorwand des Nichtkennens des Pfandrechts.

Digitized by Google

pfänder, ist der letztre immer noch seinerseits zum Weiterverkauf befugt. Heutzutage aber, wo das Gericht den Pfandverkauf leitet, wird dasselbe gut thun, — was sich keineswegs von selbst versteht, — mit der Einleitung des Subhastationsverfahrens ein richterliches Veräußerungsverbot dem Subhastaten gegenüber zu erlassen [11]).

Es kann selbst als Gebot der bona fides und als eine Pflicht des Gläubigers erscheinen, die Verkaufsversuche des Verpfänders zu unterstützen und zu erleichtern, dies wenn er im Besitz der Pfandsache ist und der Verpfänder verkaufen will, weil er den Moment für gekommen hält um den höchstmöglichen Preis zu erzielen. Der Gläubiger hat daher das Pfand etwaigen Kaufliebhabern vorzuweisen, selbst temporär zu näherer Besichtigung zu überlassen, wenn ihm ausreichende Sicherheit gegen mögliche Beschädigung oder Entwendung gegeben ist; definitive Aushändigung kann natürlich erst bei vollständiger Zahlung der Pfandschuld gefordert werden.

l. 6 D. de pign. a. 13, 7. Pomponius libro 35 ad Sabinum.
Atilicinus ex causa cogendum creditorem esse ad vendendum dicit ... Melius autem est dici, eum qui dederit pignus posse vendere et accepta pecunia solvere id quod debeatur, ita tamen ut creditor necessitatem habeat ostendere rem pigneratam, si mobilis sit, prius idonea cautela a debitore pro indemnitate ei praestanda ...

Es befremdet, daß Pomponius die Pflicht die Pfandsache zugänglich zu machen, auf Mobilien beschränkt. Der Zusatz hat nicht

---

11) Die Folgen dieser Unterlassung kamen in folgender Rechtssache zur Sprache. Der Gläubiger Christoph Voigt in H. erwirkte seinem Schuldner Lehmann gegenüber durch fingirte Immission ein pignus praetorium an einem Haus, veranlaßte die gerichtliche Subhastation und ersteigerte dasselbe, befriedigte auch den vorhergehenden Hypothekengläubiger Knoche. Ehe dem Adjudicatar die Adjudicatoria zugefertigt war, wurde das Kaufobject vom Schuldner Lehmann mit Zustimmung des ersten Hypothecars Knoche einem gewissen Engelhardt verkauft, dieser in den Besitz gesetzt und der Kaufcontract von einer andern Abtheilung des Gerichts confirmirt. Das subhastirende Gericht verweigerte die Adjudicatoria an den Adjudicatar Voigt auf Einsprache des Engelhardt. Der Adjudicatar sich hierdurch beschwert erachtend stellte eine Klage gegen den Fiscus wegen Verweigerung der Adjudicatoria resp. Schadenersatz an. Diese Klage wurde natürlich — von der rechtsprechenden Juristenfacultät zu Halle — zurückgewiesen. Es wurde aber hervorgehoben, daß dem Kläger eine actio hypothecaria gegen den jetzigen Besitzer des Hauses, Engelhardt, zustehe, weil sein des Klägers wohlerworbenes pignus praetorium auf dem Hause haftete, als es an Engelhardt verkauft wurde.

Digitized by Google

einen juristischen Werth, sondern dient zur factischen Explication, die Immobilien, meint Pomponius, kann der Debitor dem Kaufliebhaber ohnehin auch ohne Zustimmung des Creditors zeigen. Wo sich dies anders verhält, wie z. B. bei Häusern, tritt ohne Zweifel die gleiche Pflicht des Gläubigers ein. Nicht der Gedanke, wohl aber die Fassung des Nachsatzes verräth übrigens die Hand der Compilatoren[12]). Selbstverständlich, und deßhalb nicht besonders erwähnt ist, daß der auf Billigkeit gegründete Anspruch des Schuldners gegen den Gläubiger, ihm beim Verkauf behülflich zu sein, nur mit Anstand und angemeßner Discretion geübt werden kann.

Die freie Veräußerung, deren der Verpfänder genoß, konnte ihm um deßwillen ungeschmälert verbleiben, weil sich das dingliche Recht des Pfandgläubigers trotz derselben intact erhält.[13]) Nicht der Gläubiger ist daher durch den Verkauf verkürzt, sondern der Käufer ist betrogen, welchem die Existenz der Hypothek verschwiegen ist. Der Käufer kann wegen des Stellionats, der in solchem Verfahren liegt, den Verkäufer ins Recht fassen.[14]) Aber wenn sich auch juristisch an der Stellung des Pfandgläubigers nichts ändert, factisch kann der sich an die Veräußerung anschließende Besitzwechsel die Verfolgbarkeit verpfändeter Mobilien aufheben oder wenigstens die Realisirung des Pfandrechts gefährden.

Unter Umständen sah man in solchem Vorgehen des Debitors geradezu ein Delict gegen den Creditor. Insbesondre nehmen die römischen Juristen ein furtum possessionis, ein Attentat gegen die Besitzansprüche des Creditors, nicht nur an, wenn der Schuldner die dem Gläubiger als Faustpfand überlieferte Sache aus dessen Gewahrsam entwendete, sondern auch dann, wenn er eine speciell verhypothecirte Mobilie, die in seinem Besitz zurückgeblieben war, der künftigen Besitzergreifung durch den Creditor in gewinnsüchtiger Absicht entzog[15]). Na-

---

12) Faber conj. VIII c. 18 hält den Zusatz von prius an für ein Product der Feder Tribonians.

13) l. 15 C. de pign. 8, 14. l. 12 C. de distr. pign. 8, 29. l. 10 C. de rem. pign. 8, 26; alle von Diocletian. l. 1 C. de precario 8, 9. Eine Ausnahme findet sich jedoch beim Verkauf durch den Beneficialerben l. 22 § 5 C. de jure delib. 6, 30.

14) l. 3 § 1 D. stellionatus 47, 20.

15) l. 9 § 6 D. de furtis 47, 2. Furtum autem rei pigneratae dominus non tantum tunc facere videtur, quum possidenti sive tenenti creditori aufert;

Digitized by Google

mentlich also, wenn er sie einem Dritten verkaufte oder sonst — mit oder ohne Entgelt — veräußerte. Doch fehlt es an dem Thatbestand eines Vergehens, wenn der Pfandschuldner in der Absicht verkaufte, um den Gläubiger unmittelbar aus dem Erlös vollständig zu befriedigen; eine Neuerung machte also Justinian nicht, als er dies in der nov. 112 besonders hervorhob[16]). — So weit ist man nicht gegangen, auch in der Veräußerung generell verpfändeter Mobilien ein furtum zu sehen; damit hätte man einen practisch nicht durchführbaren Bann über das Vermögen des Schuldners ausgesprochen, der eine Generalhypothek bewilligte; dem Gläubiger mag die Fortdauer seines dinglichen Rechts genügen. Aber es ändert sich das Verhältniß, wenn er bereits einzelne Objecte mit Beschlag belegt und zur Execution bestimmt hat; ihre Wegnahme würde ohne Zweifel gleichfalls ein furtum gegen den Gläubiger constituiren.

Auffallend ist, daß die Römer auch von einem Stellionat reden, wenn der Schuldner Pfandsachen unterschlägt l. 3 § 1 in f. D. stellionatus 47, 20 .. sed et si quis merces supposuerit vel obligatas averterit vel corruperit, aeque stellionatus reus erit.

Das Stellionat ist ein subsidiäres Delict, das nur Platz greift, wo sich ein andres nicht findet. Vielleicht erklärt sich die Zulassung dadurch, daß man über die Subsumtion der Unterschlagung einer Pfandsache von Seiten des besitzenden Verpfänders unter den Begriff des furtum possessionis doch nicht ganz einig war und deßhalb die Anklage wegen Betrugs admittirte.

Da der Verkauf einer speciell verpfändeten Sache sich zum furtum gestaltet, möchte man erwarten, daß der verbotene Act auch zu keinem Eigenthumsübergang führt. Dem ist gleichwohl nicht so. Die Voraussetzungen einer Tradition zu Eigenthum sind sämmtlich vorhanden. Daher stellen die römischen Juristen den Eigenthumsübergang als zweifellos dar[17]).

Ulpianus libro 37 ad edictum l. 36 D. de nox. act. 9, 4.

Si quis servum pigneratum, deinde a debitore subreptum

---

verum et si eo tempore abstulerit, quo non possidebat utputa si rem pigneratam vendidit. cfr. l. 61 § 8. l. 66. D. eod. 16 C. de usur. pro emtore 7, 26.

16) a. Anf. u. A. Zimmermann Archiv Bd. 35 S. 443.

17) a. Anf. Keller Pandekten S. 390 Anm. 11. Früher Breidenbach de pign. per debitorem distractione Heidelberg 1817.

Digitized by Google

emerit a debitore nomine ejus tenebitur, dominio servi acquisito: nec oberit, quod Serviana ei potest homo avocari. —

Ein Sklave, der sich einer noxa, etwa eines Diebstahls, schuldig gemacht hat, wird verpfändet, darauf von seinem Eigenthümer dem Pfandgläubiger entwendet und verkauft. Ulpian entscheidet, daß der Käufer mit der Noxalklage tenent sei, denn diese Klage geht gegen den jeweiligen Eigenthümer. Eigenthümer sei aber nicht mehr der Verkäufer, sondern der Käufer. Dem Pfandgläubiger bleibt die actio Serviana, was aber an der Rolle des Käufers als Noxalbeklagten nichts ändert.

Wenn auch die Pfandsache in der Hand des Käufers dem Pfandrecht des Gläubigers unterworfen bleibt, so tritt der Käufer natürlich in die persönliche Schuld des Verkäufers nicht ein, selbst wenn er die Existenz der Hypotheken beim Erwerb der Pfandsache kannte.

Wie aber wenn der Käufer, wie das nicht selten geschieht, dem Verkäufer bei Abschluß des Kaufcontracts die Uebernahme der Hypothekenschulden verspricht, so daß diese Schuldübernahme als Theil des Kaufpreises angesehen wird? Nach den Grundsätzen des römischen Rechts, welches gemeinrechtlich hier allein entscheiden kann, erhält der Gläubiger hierdurch keineswegs den Käufer zum Schuldner [18]), noch viel weniger wird der Verkäufer von seiner Schuld dem Gläubiger gegenüber entlastet. Dem römischen Recht ist eine Singularsuccession in die Schuld eines Andern ein ganz fremder Gedanke und die Anschauungen des germanischen Rechts, die im Grunde dahin gingen, daß die pfandrechtlich versicherte Schuld an dem jeweiligen Besitzer des Pfandgrundstücks hafte, [19]) haben dem in sich fertigen römischen System keinen Widerstand leisten können. [20])

Jener Vertrag gibt daher nur dem Verkäufer das Recht, vom Käufer zu fordern, daß er ihm die Schuld abnehme oder falls dies nicht thunlich ist, ihn mit Rücksicht auf die übernommene Schuld vertrete, respective

18) l. 2 C. de her. vel. actione vend. 4, 39.

19) Ihren unverfälschten Ausdruck hatte diese Auffassung im Rentengeschäft, dem der Gedanke einer zur Hauptverpflichtung herzutretenden accessorischen Sicherstellung ganz fern lag.

20) In einer Darstellung des Pfandrechts können wir die bezüglichen dem Obligationenrecht angehörigen Sätze nur berühren und nur unsere Resultate geben, ohne im Stande zu sein, sie hier allseitig zu begründen. Wir halten es daher auch nicht für geboten, hier weiter auf die modernen Theorien über die Schuldüber-

Digitized by Google

ihn wegen etwaiger Auslage schadlos halte. Es versteht sich, daß dieses Geschäft als solches die Zustimmung oder auch nur die Mitwissenschaft des Gläubigers durchaus nicht erfordert. Es erscheint dann aber als eine Pflicht des Käufers, die nöthigen Schritte zu thun um den Gläubiger dazu zu vermögen, ihn als Schuldner zu übernehmen.

Der Gläubiger ist nicht verpflichtet in die Annahme des neuen Schuldners zu willigen. Entschließt er sich auf Ansuchen des Käufers zu derselben, ohne sich, was allerdings oft geschieht, seine Rechte gegen den alten Schuldner vorzubehalten, so ist dieser Act als eine Expromission aufzufassen. Der alte Schuldner scheidet gemäß der Intention des Contracts zwischen Käufer und Verkäufer hier völlig aus[21]). Die Hypotheken an der Kaufsache müssen der Meinung des Contracts gemäß, selbst wenn hierüber nichts besondres ausgemacht wird, bei dieser Novation als mit ihrem Rang stillschweigend vorbehalten betrachtet werden[22]); etwaige Bürgen des ursprünglichen Schuldners aber wären, wie dieser selbst, befreit[23]). — Da die Novation heutzutage eine bestimmte Form nicht hat, so genügt eine dem Käufer gegenüber erklärte Anerkennung des Vertrags (Agnition), um den frühern Schuldner zu befreien; die Annahme von Zinsen, von Theilzahlungen durch den Käufer involvirt aber eine solche Agnition noch nicht, da sich der Gläubiger dieser Annahme nicht weigern darf[24]).

Wie der Gläubiger aus dem Vertrag des Verpfänders mit dem Käufer nicht gebunden ist, so ist er auch umgekehrt nicht berechtigt, aus demselben Rechte herzuleiten[25]), ehe er von dem Käufer zu seiner Kenntniß gebracht und seinerseits acceptirt ist. Doch kann der Verpfänder sein Recht Expromission zu fordern, dem Gläubiger cediren.

---

nahme einzugehen; vgl. Delbrück, die Uebernahme fremder Schulden nach gemeinem und preußischem Recht. F. Hinrichs allgemeine Monatsschrift 1853 S. 691 flgnde. Kuntze die Obligation und die Singularsuccession § 76—87, besonders Windscheid Krit. Ueberschau Bd. I. S. 27—46, die actio des röm. Civilrechts S. 202 flgnde. Beseler deutsch. Privatrecht Bd. 2 S. 279. Bähr in Iherings Zeitschrift. Bd. 6 S. 170ff.

21) Vgl. auch die bei Delbrück S. 23 Cit. Dieser selbst confundirt bei seiner Widerlegung beständig den Vertrag zwischen Verkäufer und Käufer über Herbeiführung der Liberation und den Act der Novation selbst zwischen Gläubiger und Käufer.

22) Es liegt tacita conventio vor. Daher nicht entgegen l. 18, D. de novat. 46, 2.

23) l. 4 C. de fidejuss. 8, 41.

24) Anders Delbrück S. 111.

25) Daß hier die Praxis vielfach abweicht, darüber siehe Delbrück l. c. S. 97; sie beruft sich auf die Gültigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter.

Digitized by Google

§. 80. Beschränkungen der Veräußerungsmacht des Verpfänders.

Die Befähigung des Verpfänders und seiner Sucessoren zur Veräußerung fehlt ihm an und für sich nicht in den oben besprochnen Fällen, in welchen dieselbe als Delict behandelt und bestraft wird. Wohl aber entzieht ihm das römische Recht die Befugniß zu gewissen Veräußerungshandlungen, wo die Veräußerung einen mit der Existenz und Integrität des Pfandrechts absolut unverträglichen Zustand schaffen würde. Diese Beschränkungen sind heutzutage theilweise antiquirt, gleichwohl aber für das Verständniß des Pfandrechts zu wichtig, als daß wir sie mit Stillschweigen übergehen könnten:

1) Das classische Recht[1]) erklärte die Manumission eines speciell verpfändeten Sklaven während der Dauer des Pfandrechts geradezu für nichtig, dagegen stand dem Verpfänder, der nicht bereits insolvent war, die Manumission eines generell verpfändeten Sklaven frei, der noch nicht als Executionsobject mit Beschlag belegt war[2]).

Gewöhnlich sieht man in der Gestattung der Freilassung eines generell verpfändeten Sklaven eine besondre Begünstigung, man sucht nach Gründen und findet sie darin, daß die generelle Hypothek die Pfandsache nur in lockerem Maaße verhafte. Hierin liegt eine gewisse factische Wahrheit, keine juristische Erklärung unsres Satzes. In der That ist in demselben nicht eine Exemtion der Generalhypothek zu sehen, vielmehr beruht die Nichtigkeit der Manumission des speciell verpfändeten Sklaven auf einer positiven Prohibition, die keineswegs aus dem Pfandrecht als solchem folgt; sie bildet eine besondre Schutzmaßregel, deren historische Ausgangspunkte zu untersuchen und festzustellen sind.

Ursprünglich hatte der quiritarische Eigenthümer, der seinen Sklaven durch Vertrag und nicht durch fiducia verpfändet hatte, trotz der Verpfändung Recht und Befugniß demselben durch Manumission Freiheit und römisches Bürgerrecht zu verleihen[3]). Das Vertragspfandrecht

---

1) l. 3 D. de manumiss. 40, 1. l. 2 l. 3 C. de servo pignori dato manumisso 7, 8. l. 29 D. qui et a quibus 40, 9; cfr. l. 4. l. 27 § 1 D. eod.

2) Dieses Verhältniß behandelt Faber jurispr. Papinianea tit. V. pr. I. ill. 3. de manumissione servi specialiter obligati. Nur vom Sklaven, an dem ein Andrer einen Ususfruct hat, spricht Göschen Ztschrift. f. gesch. Rechtsw. Bd. 3 S. 262 flgnde.

3) Anders verhielt es sich mit der unförmlichen Freilassung dem morari in

Digitized by Google

konnte als rein prätorisches Institut dem vom Standpunkt des Civilrechts immer noch vollberechtigten Eigenthümer die Befähigung zur Freilassung nicht entziehen. Die verpfändete Sache ging hierdurch unter und damit auch die Pfandklage, welche Existenz eines Pfandobjects voraussetzt. Auch gab dem Gläubiger die Ueberlassung des Besitzes nur geringe factische Garantie gegen solche Gefährde, da sie der Freilassung im Testament gar kein Hinderniß entgegenstellte und die manumissio vindicta trotz derselben leicht hinter dem Rücken des Gläubigers geschehen konnte.

Eine Rescission aber des einmal vollzognen Acts war dem Prätor nicht möglich, der nicht ohne weitres einen römischen Bürger wieder in die Stellung eines Sklaven herabsetzen konnte. Daher konnte auch die actio Paulliana, welche Veräußerungen gewöhnlicher Art wieder aufhob, zur Vernichtung einer Freilassung nicht dienen. Hier mußte das Civilrecht selbst eingreifen. Den Weg zur Abhülfe bahnte die lex Aelia Sentia — erlassen im Beginn der Kaiserzeit — durch die Bestimmung, daß jede Freilassung in fraudem creditoris vel patroni nichtig sein solle [4]). Doch eine solche fraus nahm man ursprünglich nur an, wenn der Schuldner im Moment der Freilassung insolvent war oder durch dieselbe insolvent wurde und im Bewußtsein dieses Vermögensstandes manumittirt hatte. Dem Interesse des Pfandrechts genügte dies noch nicht, denn der Pfandgläubiger will gegen künftige Gefahren geschützt sein; er kann nicht gleichgültig zusehen, wenn ihm die für diese gestellten Deckungsmittel von einem jetzt solventen Schuldner entzogen werden.

Erst gegen Ende des ersten Jahrhunderts der Kaiserzeit erlaubte man sich, dem Verbot der lex Aelia Sentia eine weitere Anwendung zu geben. Auch der solvente Schuldner, nahm man jetzt an, handelt in fraudem creditoris, wenn er den speciell verpfändeten Sklaven — ohne Zustimmung des Creditors — manumittirt. Er frustrirt das ertheilte Versprechen und täuscht die hierdurch erregte Erwartung [5]). Gleiche Fraus erblickte man in der Freilassung eines generell verpfän-

---

libertate, welches der Prätor dem ältern Pfandgläubiger gegenüber sicher nicht schützte.

4) Gaj. I. § 37. Ulp. I. 15. Daß sich dies nur auf testamentarische Freilassungen beziehe, ist ein Irrthum Madais, statuliberi S. 19, der durch das Rescript von Alexander in l. 5 C. de test. manum. 7, 2 nicht gerechtfertigt wird.

5) Daß dies auf einer Anwendung der lex Aelia Sentia beruht, zeigt l. 1 § 1 D. de statu liberis 40, 7. cfr. l. 5 § 2 D. qui et a quibus 40, 9. vgl. not. 7.

Digitized by Google

beten Sklaven, wenn dieser bereits speciell als Executionsobject bestimmt war.

Hiervon hatte der Jurist Nerva [6]), der unter Tiberius lebte, noch keine Ahnung. Er sah in der Perclusion verpfändeter Sklaven durch den Vermiether eines Hauses nur ein factisches Hinderniß der Freilassung für den verpfändenden Miether, über das man sich etwa auch hinwegsetzen konnte:

> et derisus est Nerva juris consultus, qui per fenestram monstraverat servos detentos ob pensionem liberari posse (l. 9 D. quibus in causis 20, 2).

Doch zur Zeit des Julianus stand die Erweiterung des Manumissionsverbots auf jeden speciell verpfändeten oder detinirten Sklaven bereits fest [7]), obgleich im Einzelnen noch mancherlei Streitfragen herrschten. So war es zweifelhaft, ob auch dem Erben des Verpfänders Manumission eines vom Erblasser verpfändeten Sklaven verboten sei. War doch das Verbot nur um deswillen für anwendbar erklärt worden, weil der Verpfänder durch die Manumission einen Treubruch beging. Scävola bejaht die Frage (lib. 4 respons.). Der Erbe ist an das Wort des Erblassers gebunden:

l. 26 D. qui et a quibus 40, 9.

> Pignori obligatum servum debitoris heres manumisit, quaesitum est an liber esset? Respondit secundum ea, quae proponerentur, si pecunia etiam nunc deberetur non esse manumissione liberum factum. Paulus: soluta ergo pecunia ex illa voluntate liber fit.

Auch darüber ließ sich streiten, ob eine gesetzliche Specialhypothek die Manumission des Sklaven hindre. Man erklärte sich auch hiefür, da man bemüht war, die gesetzliche Hypothek analog der vertragsmäßigen zu gestalten [8])

---

6) Nerva juris consultus ist wohl der ältere Nerva, der im Jahr 775 d. St. Consul war, der Schüler und Nachfolger Labeos. Sein Sohn wird gewöhnlich als Nerva filius bezeichnet. Zimmern Rechtsgeschichte Bd. I. § 84 Anm. 27.

7) l. 5 § 2 am Ende D. qui et a quibus 40, 9. Eine übel zugerichtete Erörterung enthält Dositheus de manumissionibus § 16: servum pignori datum civem Romanum facere debitor non potest, nisi forte solvendo non sit: obstat enim libertati lex Aelia Sentia quae prohibet servum creditorum (fraudandorum) causa manumissum civem Romanum fieri: sed Latinum. — Huschke jurispr. antejust. conjecturirt generaliter servum pignori datum womit wenig geholfen sein möchte. Es kommt rechter Zusammenhang nur in die Stelle, wenn wir annehmen, nach potest, sei etwa ausgefallen generaliter obligatum potest.

8) l. 6 C. de servo pignori dato 7, 8.

Digitized by Google

Dagegen bei der Generalhypothek blieb die alte Regel [9]). Mochte diese nach juristischer Consequenz das Pfandobject in gleichem Maaße verhaften wie die Specialhypothek, nach der Anschauung des Lebens lag in diesem Recht an dem Gesammtvermögen, das sich erst in der Beschlagnahme einzelner Objecte künftig specialisirt, ein schwächeres Band; daher sah man in der Manumission eines generell verpfändeten Sklaven keineswegs eine fraus, welche die Nichtigkeit des Acts nach sich ziehen könnte. —

Noch müssen wir auf einen eigenthümlichen Zug unsres Manumissionsverbotes aufmerksam machen, auf den relativen Charakter, den es nach und nach annahm.

Die Nichtigkeit wirkte ursprünglich dem Charakter des ältern Rechts gemäß gewiß absolut; die Manumission, die von Anfang an ungültig war, konnte nicht dadurch zur Gültigkeit gelangen, daß nachträglich der Gläubiger abgefunden wurde, ehe es zur Pfanddistraction kam. Alexander aber erkannte die Nichtigkeit nur insoweit an, als das Bedürfniß reichte und erklärte, daß die Manumittirten nachträglich mit dem Moment frei würden, in welchem die Pfandgläubiger befriedigt würden.

l. 5 C. servo pignori dato 7, 8.
Si creditoribus satisfactum fuerit, ancillae quae pignori obligatae a debitore manumissae erant, liberae fiunt. Nam ipse manumissor, si fraudem se fecisse creditoribus, ut revocet libertates audeat dicere, audiri non debet nec heredes ejus [10]).

In Folge dieser Bestimmung erhielt der verpfändete aber freigelassene Sklave die Stellung eines statuliber. Bekanntlich ist statuliber ursprünglich der Sklave, der testamentarisch unter einer Bedingung freigelassen, mit Eintritt der Bedingung von selbst frei wird. Der vindicta Manumittirte konnte ursprünglich in einen solchen Mit-

9) l. 2 l. 3 C. eod. l. 11 D. qui et a quibus 40. 9. l. 9 D. in quibus causis pignus tacite 20, 2.

10) Die l. 24 § 10 D. de fideic. libert. 40, 5 bezieht sich wohl nicht auf den Fall, in welchem der Verpfänder testamentarisch freiläßt, wie Cujac. not. ad Dig. ad l. 3 D. de manum. 40, 1. (vol. X. p. 479) und Faber conj. XV. c. 16 u. A. annehmen, vielmehr nimmt der Jurist an, der Pfandgläubiger habe dem ihm verpfändeten Sklaven die Freiheit hinterlassen. Nur hier ließ sich schlechthin sagen, die directa libertas sei ungültig; es werde jedoch die fideicommissaria geschuldet cfr. Gaj. II. § 265.

Digitized by Google

telzuſtand nicht gerathen. Dieſer Act ließ keine Bedingung, keine Schwebe zu; er wirkte ſofortige Freiheit und römiſches Bürgerrecht oder entbehrte ſchlechthin jeder Wirkung. Jetzt tritt hierin eine Veränderung, eine Erweiterung ein; der in fraudem creditoris durch vindicta Freigelaſſene wird, da ſein Status noch in suspenso iſt und er künftig beim Eintritt eines beſtimmten Ereigniſſes von ſelbſt zur Freiheit gelangt, gleichfalls statuliber [11]). Dies erkannte Paulus libro 5 ad Sabinum.

> l. 1 § 1 D. de statuliberis 40, 7. Fiunt statuliberi vel conditione expressa vel vi ipsa ... Vi ipsa cum creditoris fraudandi causa manumittuntur: nam dum incertum est, an creditor jure suo utatur, interim statuliberi sunt: quoniam fraus cum effectu in lege Aelia accipitur [12]).

Nicht in vollem Einklang ſteht freilich mit dieſen Entſcheidungen ein Ausſpruch Papinian's.

> l. 33 D. de poenis 48, 19 .. si testamento libertas data sit et eo tempore, quo aditur hereditas, tempus vinculorum solutum sit, recte manumissus intelligitur: non secus ac si pignori datum servum debitor manumisisset ejusque post liberatum pignus adita fuisset hereditas.

Hier liegt die Anſchauung zu Grunde, daß nur dann der verpfändete im Teſtament manumittirte Sklave frei wird, wenn das Pfandrecht im Moment des Erbſchaftsantritts bereits gelöſt iſt, wenn alſo jetzt alle zum Erwerb der Freiheit nothwendigen Bedingungen exiſtiren [13]), daß dagegen die Freiheit nicht eintritt, wenn ſie in dieſem Moment nicht zur Exiſtenz kommt. Die teſtamentariſche blieb alſo in dieſem Punkt hinter der Freilaſſung vindicta zurück, es hat ſich hier eine ältere Anſicht conſervirt. Auf gleicher Linie ſteht der verwandte Satz, daß der ſolvente Erbe der Freiheit nicht verpfändeter, vom inſolventen

---

11) Dieſe Entwicklung verkennt vollſtändig Madai statuliberi S. 16 flgnde, welcher unter statuliber immer noch ausſchließlich einen teſtamentariſch bedingt Freigelaſſenen erblickt und auch bei Paulus eine teſtamentariſche Manumiſſion ohne quellenmäßigen Anhalt unterſtellt.

12) Vgl. auch (Paulus) l. 16 § 4 D. qui et a quibus 40, 9. Si sub conditione alicui pecunia debetur, statuliber erit a debitore manumissus, ut pendeat libertas ex conditione.

13) Die regula Catoniana kann bei Freilaſſungen nicht eintreten, weil der dies der Freilaſſung nicht vom Moment des Todes des Erblaſſers, ſondern des Erbſchaftsantritts cebirt cfr. l. 3 D. de regula Catoniana 34, 7.

Digitized by Google

Erblasser testamentarisch manumittirter Sklaven nichts nütze, wenn die Erbschaft im Moment ihrer Antretung insolvent war [14]).

2) Mit den bisher erörterten Bestimmungen parallel läuft die Frage, inwieweit der Proprietar das verpfändete Grundstück oder einen Theil desselben durch Einbringen eines Todten zum locus religiosus machen und es so dem Commercium entnehmen konnte? Natürlich ging entweder das Pfandrecht völlig unter oder die Enthebung der Sache aus dem Verkehr fand gar nicht statt; die Eigenschaft eines fundus als religiosus war ein unzerstörlicher Charakter, sie konnte nicht in suspenso bleiben; einmal verliehen, dauert er für immer.

Ulpian bespricht dieses Verhältniß in der l. 2 § 7—9 D. de religiosis 11, 7. Merkwürdigerweise stellt er aber für den Fall, in dem ein Ususfruct und den, in welchem ein Pfandrecht auf dem Grundstück lastete, nicht unerheblich verschiedene Regeln auf. Der Eigenthümer kann die Seinigen in das verpfändete, nicht aber in ein zum Ususfruct gegebenes Grundstück inferiren. Dies erklärt sich aus der historischen Entwicklung der Lehre, die, wenn auch Quellenbelege fehlen, folgendermaßen zu denken ist.

Die Pontifices [15]), welche den Begriff der heiligen Orte in alter Zeit bestimmten, hatten festgesetzt, daß der Begräbnißort nur dann religios sei, wenn die Illation durch den erfolgte, der an demselben volles und freies Eigenthumsrecht hatte [16]). Dabei zogen sie aber nur die civilen Rechte in Betracht; prätorische Rechte blieben dem altconservativen Charakter des jus sacrum gemäß außer Berücksichtigung. Die Belastung mit dem civilen Ususfruct machte daher ursprünglich die Bestimmung zum Begräbnißplatz ganz unmöglich, die Existenz eines prätorischen Pfandrechts wurde ursprünglich ganz ignorirt.

Erst eine spätere Zeit — wir nehmen an die erste Kaiserzeit — hat von dieser Consequenz aus Zweckmäßigkeitsrücksichten und aus Erwägungen der Billigkeit nach beiden Seiten etwas abgethan. Es ist

---

14) l. 5 C. de test. manum. 7, 2 Alexander. l. 59 D. de manum. test. 40, 4. l. 18 § 1 D. h. t. 40, 9.

15) Macrobius sat. III. 3, 1 et quia inter decreta pontificum hoc maxime quaeritur, quid sacrum, quid sanctum, quid religiosum.

16) Gaj. II. § 6. § 9 J. de rer. div. 2, 1. Spätere Ausbildung ist, daß in alienum locum concedenti domino licet inferre; ursprünglich war wohl vorgängiger Erwerb des Platzes durch den Inferirenden nöthig.

Digitized by Google

wohl kein zu verachtender Wink, daß es Sabinianer waren, die so das altherkömmliche jus sacrum abschliffen.

Das Grundstück, das im Ususfruct stand, sollte der Proprietar — abweichend von der Regel — wenigstens dann religios machen, wenn er den Erblasser inferirte, der selbst den Ususfruct vermacht hatte und wenn sich nirgends anders eine gleich passende Stätte fand. Auch nahm man an, daß der Begräbnißort durch Zustimmung des Ususfructuars, welche ursprünglich, da formlose Erklärungen für das Civilrecht bedeutungslos waren, nicht genügt hatte, religios werden könne [17]).

Von der andern Seite beschränkte man das Recht des Proprietars, dessen Grundstück verpfändet war, und trat dem groben Mißbrauch entgegen, daß er Fremden ohne Zustimmung des Gläubigers Begräbnißstätten auf dem Pfandgut — etwa für Geld — abtrat.

> l. 2 § 9 D. de religiosis 11, 7 Ulpianus libro 25 ad edictum. Is qui pignori dedit agrum, si in eum suorum mortuum intulerit, religiosum facit, sed etsi ipse inferatur idem est: ceterum alii concedere non potest.
>
> l. 3 D. eod. Paulus libro 27 ad edictum: ex consensu tamen omnium utilius est, religiosum posse fieri.

Man concedirte nach wie vor, daß der Proprietar und die Seinigen auf dem verpfändeten Gut bestattet werden konnten. Es wird dabei nicht unterschieden, ob der Inferirende noch andere Besitzungen hat, in welche er die Seinigen ebensowohl eintragen konnte, es wird nicht gefordert, daß bei Auswahl der Ruhestatt das Interesse des Gläubigers in Berücksichtigung gezogen werde.

Hat sich also die Behandlung der beiden Verhältnisse genähert, der ursprüngliche Gegensatz der Ausgangspunkte ist auch im jüngsten römischen Rechte nicht verwischt.

Ganz andere Grundsätze, als über den locus religiosus, mußten im römischen Recht hinsichtlich der Verwandlung eines profanen Grundstücks in einen den Göttern geweihten Ort gelten. Eine solche Consecration konnte nur unter der Autorität des römischen Volks geschehen und zwar durch einen speciellen Volksschluß oder durch ein Senatusconsult, später durch Genehmigung des Kaisers [18]). War sie in solcher

---

17) l. 2 § 7 cit. l. 17 D. de usufructu 7, 1.

18) Gaj. II. § 5 l. 9 pr. § 1 D. de rer. div. 1, 8.

Digitized by Google

Weise erfolgt, so war das Grundstück den Göttern geweiht, ohne Unterschied, ob Private an demselben, sei es als Eigenthümer oder Pfandgläubiger Ansprüche hatten. Der Grund lag in der souveränen Gewalt, welche dem Staat über das Gesammtterritorium zustand.

Diese Principien können aber nicht für die Consecration, wie sie das heutige kanonische Recht kennt, Anwendung finden. Die Consecration erfolgt nicht mehr auf Grund eines Specialbefehls der höchsten Staatsgewalt; die Kirche kann durch ihre einseitigen Dispositionen bestehende Rechte Dritter nicht aufheben. Wird daher ein der Kirche nicht gehöriges Grundstück consecrirt, so steht dessen Eigenthümer die rei vindicatio nach wie vor zu, und ist dasselbe verpfändet, so wird dessen Pfandgläubiger die Pfandklage, sowie die Macht die consecrirte Sache zum Verkauf zu bringen, nicht abzusprechen sein[19]; eine solche Sache ist daher trotz der Consecration noch nicht aus dem Commercium getreten.

3) Hat der Verpfänder oder sein Successor im Eigenthum die Fähigkeit eine dem verpfändeten Grundstück zustehende Servitut durch Verzicht aufzugeben? Die Quellen sprechen sich direct hierüber nirgends aus. Doch ist einleuchtend, daß die Rechtsstellung des Pfandgläubigers durch solche Verfügungsacte des Verpfänders nicht verschlechtert werden kann.

Man könnte nun wohl annehmen, der Verpfänder gebe zwar durch seinen Verzicht *seine* Gerechtsame auf, nur könne dies dem Pfandgläubiger und dessen Successor dem künftigen Pfandkäufer nicht schaden; dieser vielmehr könne die Servitut, die nur zum Nachtheil des Verpfänders untergegangen sei, immer noch exerciren. Doch das widerspräche den bekanntesten Grundprincipien der Servitutenlehre.

Denn nach diesen wird die Servitut als eine Qualität des herrschenden Grundstücks gedacht, welche nur für alle an demselben Berechtigten aufgehoben werden kann, oder für Alle fortbesteht. Daher ist der Verzicht des einen Miteigenthümers auf die Servitut ohne Bedeutung, so lange nicht auch der andere Miteigenthümer des herrschenden Grundstücks verzichtet hat[20]). Daher kann, um ein noch näher liegendes Beispiel zu gebrauchen, der Eigenthümer einer Sache, an der ein Dritter einen Ususfruct hat, während dessen Dauer auf Servituten, die derselben zustehen, nicht verzichten:

---

19) arg. c. 1 X. de op. nov. nunc. V. 32. vgl. auch Richter Kirchenr. § 305 f.
20) l. 34 D. de serv. praed. rust. 8, 3.

Digitized by Google

l. 15 § 7 D. de usufructu 7, 1. ... sed nec servitutem imponere fundo potest, nec amittere potest servitutem.

Gleiche Gründe machen dem Eigenthümer, auf dessen Grundstück ein Pfandrecht ruht, den Verzicht auf Servituten unmöglich, er selbst kann die Servitut während der Dauer des Pfandrechts fortwährend ausüben. Immerhin läßt sich nach der freieren Auslegung, die wir heutzutage den Verträgen geben, rechtfertigen, daß wir einem solchen Vertrag Bedeutung für die Zeit nach Abtragung der Pfandschuld beilegen. Beansprucht jetzt noch der Eigenthümer oder dessen Successor die aufgegebene Servitut, so kann ihm eine exceptio pacti [21]) entgegengestellt werden, mit andern Worten, der Verzicht kommt jetzt, aber auch nur von jetzt an, zur Geltung.

§ 81. Versprechen des Schuldners die Pfandsache nicht zu veräußern.

Welche Wirkung hat ein Vertrag, wodurch der Verpfänder dem Gläubiger verspricht, das Pfandobject während der Dauer des Pfandrechts nicht zu veräußern? [1]) Diese Frage gliedert sich nach zwei Richtungen hin, ist ein solcher Vertrag völlig nichtig und wenn er Wirkungskraft hat, erzeugt er nur persönliche Rechte des Gläubigers gegen den Verpfänder der ihn übertritt, oder wirkt er völlige Nichtigkeit des Verkaufs.

Pomponius spricht in der l. 61 D. de pactis 2, 14 aus: nemo paciscendo efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat aut ne sibi in suo sepelire liceat aut ne vicino invito praedium alienet. Er betrachtet solche Verträge als nach jeder Richtung hin nichtig. Es ist ungehörig, Jemanden in seiner persönlichen Freiheit zu beschränken, ohne daß der Mitcontrahent ein materielles, öconomisches Interesse nachweisen kann; wohl mag es dem Vertragsschließenden zur Lebensfreude und Annehmlichkeit gereichen, wenn er den bisherigen Nachbar, mit dem er zu verkehren pflegt, behält; es genügt dies nicht um ein Klagrecht zu begründen.

Steht es in ähnlicher Weise mit dem Versprechen der Nichtver-

---

21) l. 4 D. de servit. 8, 1.

1) Vgl. besonders Puchta Zeitschrift für gesch. Rechtsw. Bd. 12 S. 220 ff. „Veräußerung gegen Vertrag."

Digitized by Google

äußerung, das sich der Pfandgläubiger ausbedingt? Puchta behauptet, auch hier fehle ein genügendes Interesse des Gläubigers an dem Verbot, es sei also völlig wirkungslos. Die Pfandsache gehe ja cum sua causa über, der Creditor habe daher ohnehin die Klage gegen den Dritten, die durch die Vornahme des Verkaufs nicht behindert werde.

Hiermit geht er ohne Zweifel zu weit. Bleibt auch die juristische Stellung des Pfandgläubigers im Großen und Ganzen dieselbe, im Einzelnen konnte sie sich durch den Wechsel der Person des Besitzers in mancher Art verändern und verschlechtern. Ob der Verpfänder die Verwaltung der Sache behält oder ob sie in die Hände eines Dritten kommt, bei dem ihre Integrität, sei es durch Vorsatz oder Nachlässigkeit gefährdet ist, kann dem Gläubiger nicht gleichgültig sein. Die Durchführung der Klage gegen den Verpfänder selbst ist leichter als die Anstellung gegen Dritte[2]). Im zweiten Fall ist der Beweis, daß die Pfandsache im Vermögen des Verpfänders stand, weit schwieriger zu führen. Gegenüber dem Verpfänder kann der Prozeß nicht selten durch Zuschiebung eines Eides erledigt werden; bei der Klage gegen einen Dritten fällt dieses Mittel weg. Der dritte Besitzer erhält ein Retentionsrecht wegen Verwendungen, der Schuldner hat dieses Recht nicht; Jener hat die longi temporis praescriptio, dieser kann diese Einrede nicht geltend machen.

Alle diese Momente waren zur Zeit bedeutend, als Marcian unsern Text niederschrieb. Das spätere Recht schuf noch das beneficium excussionis personalis zu Gunsten des dritten Pfandbesitzers durch die nov. 4. Die Weitläufigkeiten dieses Rechtsmittels fallen weg, wenn der Verpfänder nicht veräußert.

Unzweifelhaft wird man daher dem Gläubiger, der die Nichtveräußerung ausbedung, eine persönliche Klage gegen den wortbrüchigen Schuldner geben. Und zwar wird man keineswegs noch den Nachweis verlangen, daß dem Gläubiger im concreten Fall ein Vermögensnachtheil durch den Vertragsbruch zugefügt sei[3]). Der Creditor hat ein Recht, in der vertragsmäßig convenirten Stellung zu verbleiben und kann daher im Fall des Wortbruchs auf Schadloshaltung, also auf Constituirung eines neuen gleichguten Pfands aus dem Vermögen

2) Hierüber später das Genauere.
3) So Puchta l. c. S. 225.

Digitized by Google

des Schuldners, im Weigerungsfall auf sofortige Rückzahlung der Schuld — selbst wenn dieselbe an und für sich noch nicht fällig wäre — mit der actio pigneratitia contraria klagen. Aber von hier ist ein weiter Schritt bis zur Annahme, daß die Veräußerung, welche gegen das dem Pfandgläubiger abgelegte Versprechen erfolgte, auch dinglich nichtig sei.

Dennoch thut diesen Schritt Marcian. Wenigstens nach der Lesart der Florentina erklärt er den Verkauf gegen ein solches Versprechen geradezu für ungültig.

> libro singulari ad formulam hypothecariam. l. 7 § 2 D. de distr. pign. 20, 5. Quaeritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus quid juris sit? Et an pactio nulla sit talis, quasi contra jus sit posita? Et certum est, nullam esse venditionem, ut pactioni stetur.

Ist aber eine solche Nichtigkeit überhaupt nach den Principien des römischen Rechts denkbar? In der Regel macht nur das Gesetz die zuwiderlaufende Veräußerung nichtig; das vertragsmäßige Versprechen nicht zu veräußern, kann dagegen der Sache keinen eignen Charakter aufdrücken, sondern bindet höchstens die Contrahenten. Doch läßt sich erwidern, daß unser Verhältniß besonders liegt. Veräußert der Verpfänder die Pfandsache gegen Versprechen, so findet sich nicht ein einfaches Zuwiderhandeln gegen Vertrag vor, der Schuldner gefährdet zugleich das Pfandrecht, schwächt die von ihm selbst gestellten Sicherheiten. Ein specieller Schutz des Gläubigers ist daher nicht unerklärlich. Zwar konnte die Jurisprudenz allein einen solchen nicht leicht einführen. Aber nichts steht entgegen, daß, nachdem man über die Bedeutung der Clausel gestritten hatte, eine feste, etwa durch Constitutionen unterstützte Praxis — nach Analogie der Bestimmungen über Veräußerung von res litigiosae — dem Schuldner den Verkauf einer solchen Pfandsache untersagte. Das Bestreben den Gläubiger der einen bloßen Pfandcontract abgeschlossen hatte in seiner Rechtsstellung dem der eine fiducia hatte, möglichst zu nähern, mag hierbei mitgewirkt haben.

Wohl ist es richtig, daß diese Nichtigkeit dem Gläubiger im Verhältniß zum Käufer direct wenig Vorschub leistete. Denn eine Nullitätsquerel, die der Gläubiger hätte anstellen können, kannte das römische Recht überhaupt nicht; und mit der actio hypothecaria kann er gegen den Käufer ohnehin auftreten, mag der Verkauf als gültig oder

Digitized by Google

als nichtig betrachtet werden. Aber die Drohung der Nichtigkeit des Verkaufs mußte den Schuldner verhindern die Sache auszubieten, die Kaufliebhaber abschrecken und so dem Gläubiger indirect nützen. Es ist nicht undenkbar, daß noch außerdem eine Strafe, welche dem Käufer drohte, der das Verhältniß kannte, der Versuchung eine so verpfändete Sache zu erwerben, entgegentrat [4]).

Nicht für richtig halten wir die scheinbar näher liegende Erklärung, daß der Gläubiger sein Pfandrecht, das ja überhaupt durch Vertrag begründet wird, durch unsern Vertrag dinglich erweitere. Wenn Marcian erklärt venditionem nullam esse, so heißt dies

a) primo loco: der Kaufcontract den der Schuldner entgegen dem Vertrag schließt, ist nichtig und unwirksam.

b) Erst die weitere Folge ist, daß der Käufer nicht Eigenthümer wird, indem sich die Nichtigkeit des obligatorischen Geschäfts auf die Tradition überträgt.

Kann nun ein Anspruch hierauf den Bestandtheil eines dinglichen Rechts bilden? Dieses giebt ein Recht zur Verfügung über eine körperliche Sache, eine Rechtsmacht zur Einwirkung auf dieselbe. Selbst bei der negativen Servitut z. B. der servitus altius non tollendi ist eigentlicher Inhalt des Rechts ungestörte Benutzung der dienenden Sache. Hier soll der Inhalt sein, daß dem Schuldner eine Handlung und zwar zunächst der Abschluß eines obligatorischen Contracts verboten ist, und daß dieser nichtig wird. Ein solches Recht liegt durchaus jenseits der Grenzen eines dinglichen Rechts an der Sache.

Die Nichtigkeit der Veräußerung ist dem Ausgeführten nach kein Satz, der sich naturwüchsig und aus allgemeinen Prämissen entwickelt, sie beruht vielmehr auf positiver Bestimmung, die jedoch keineswegs ohne Analogien ist und sich aus Gründen der Utilität rechtfertigt.

Freilich hat sie ihre einzige Beglaubigung in dem überlieferten Text. Wenn dieser aus innern oder äußern Gründen beanstandet werden muß, so fehlt es an der Basis für jenen Satz.

Gegen unsern Text haben sich daher die Angriffe derer gerichtet, welche die Nichtigkeit der Veräußerung, als unvereinbar mit den allgemeinen Principien, verwarfen. Insbesondere hat ihn Puchta scharfer

---

4) Trotz der Nichtigkeit des Verkaufs hat natürlich der nichtwissende Käufer eine actio ex emto auf sein Interesse l. 62 § 1 D. de c. e. 18, l. l. 4. D. eod. § 5 J. de emt. vend. 3, 23.

Digitized by Google

und eingehender Kritik unterzogen, um die Berechtigung nachzuweisen, eine neue verbesserte Lesart der l. 7 § 2 zu constituiren [5]).

Vor Allem wirft Puchta der gewöhnlichen Lesart vor, daß die Bestimmung unseres § 2 ganz aus dem Zusammenhang mit dem Vorgehenden, mit dem pr. und § 1 herausfalle. Dort war die Rede von dem Verkauf durch den Pfandgläubiger, von dem hierbei zugefügten Vorbehalt, wonach dem Verkäufer oder auch dem Schuldner noch Auslösung des verkauften Pfands innerhalb bestimmter Zeit gestattet wird. Es würde einen natürlichen Fortschritt enthalten, wenn der Jurist nun die Frage aufwürfe, ob der Schuldner sich die Sache nicht dadurch erhalten könne, daß er verabrede, der Gläubiger solle überall nicht verkaufen. Statt dessen komme dem Juristen nach der handschriftlichen Lesart unvermuthet der Einfall zu fragen, ob der Gläubiger nicht dem Schuldner den Verkauf verbieten könne! Indessen einen Gedankensprung macht der Jurist auf alle Fälle, wenn er von einem Nebenvertrag des Pfandverkaufs auf einen Vertrag übergeht, der schon bei Abschluß der Pfandconvention zugefügt war. Dergleichen ist bei der Weise der römischen Juristen auch nichts Befremdendes. Auf eine innere Gliederung der Darstellung legten sie wenig Gewicht. Vielleicht wollte Marcian an dieser Stelle seines Werks geradezu nur von merkwürdigen pacta handeln, die beim Pfandverhältniß vorkommen [6]).

Noch weniger Anstoß kann erregen, daß vom Schuldner der Ausdruck gebraucht wird hypothecam vendere. Gewöhnlich bezeichnet man so den Verkauf durch den Gläubiger. Veräußert der Schuldner, dann hat man gesagt, wird jene Wendung unpassend, er verkauft die

---

5) Gegen die Aechtheit der Stelle sind unter den Neueren: Böcking Pandekten Bd. 2 S. 193. Puchta l. c. Instit. II. § 241 Anm. l. Arndts Pandekten § 132 Anm. 5. Bachofen Abh. S. 77 (anders Pf.-R. I. S. 611). Für die Aechtheit: Glück Bd. 16 S. 56. Bd. 18 S. 44, 182 besonders Bangerow I. § 299. Sintenis C.-R. I. § 38 Anm. 16. cfr. auch Löhr Archiv Bd. 26 S. 8 not. 12. Windscheid Pand. I. S. 442. Für die Aechtheit war auch Cujacius not. ad Dig. XX. 5. vol. X. p. 430. Gegen dieselbe Donellus in l. 135 § 3 D. de V. O. 45, 1. n. 5—10. l. 3 C. de cond. ob causam datam n. 15. cfr. gegen diesen Stekius vindicationes legum anticriticae. Otto thes. I. p. 524. Andere Gegner siehe unten.

6) Wenn man auch das eingewendet hat, daß nach seiner Rubrik der Titel de distractione pignorum sich nur auf Veräußerungen durch den Creditor bezöge, so hat schon Gothofredus (Otto thes. vol. III. p. 303) erwidert, daß in demselben Titel die l. 12 von einer Veräußerung durch den Debitor spricht. Ebenso die l. 12 C. eod.

Digitized by Google

Sache nicht deßhalb, weil, sondern obgleich sie ein Pfand ist. Aber Puchta bedenkt nicht, daß es der Gläubiger ist, welcher den Nichtverkauf seiner Hypothek ausbedingt. Da der Vertrag vom Standpunkt des Creditors aus gefaßt ist und von ihm ausgeht, so ist die Redeweise hier sehr natürlich [7]).

Besonderes Gewicht hat Puchta endlich darauf gelegt, daß der Jurist das Bedenken erhebe, ob das pactum nicht contra jus sei. Dieses Bedenken habe unmöglich, mit einigem Grund gegen das Versprechen des Schuldners die Sache nicht veräußern zu wollen, entstehen können; es sei denkbar, daß der Vertrag unwirksam wäre entweder als nudum pactum oder weil das Interesse fehlte; aber kein Jurist werde einen solchen Mangel mit den Worten quasi contra jus sit posita ausdrücken. — Die Römer aber haben mit jenem Ausdruck keineswegs blos einen dem Gesetz und bindender Vorschrift zuwider laufenden Vertrag bezeichnet, sondern jeden Vertrag, der vom gewöhnlichen Gang der Dinge abweicht. Das geht deutlich hervor aus l. 7 § 15 D de pactis 2, 14 .. si quis pactus est, ut ex causa depositi omne periculum praestet: Pomponius ait, pactionem valere: nec quasi contra juris formam factam non esse servandam.

In unserer Stelle konnte man zudem sehr wohl die Frage aufwerfen, ob die Anerkennung unseres Vertrags durch ein genügendes Interesse motivirt sei, ob also nicht das feststehende Grundprincip, wonach die persönliche Freiheit nur um Gründe von allgemein anerkannter Relevanz beschränkt werden könne, verletzt sei.

Wenn die inneren Gründe, die man gegen die Aechtheit dieser Stelle anführt, nicht geeignet sind dieselbe zu erschüttern, so läßt sich noch weniger gegen deren äußere Beglaubigung beibringen. Der Text der Florentina, wie wir ihn widergaben, wird durch alle bekannten Handschriften, ja auch von den Basiliken (XXV. 7. cap. 7) unterstützt.

Καλῶς ὁ δανειστὴς συμφωνεῖ, μὴ ἐξεῖναι τῷ χρεώστῃ πωλεῖν τὸ ἐνέχυρον.

Die Gegner wissen statt handschriftlicher Grundlage nur von Mittheilungen aus zweiter Hand zu berichten. Azo und Accursius erzählen [8])

---

7) Ganz ebenso l. 12 D. eod. 20. 5. Rescriptum est ab imperatore ... creditorem a debitore pignus emere posse.

8) Glossa Accursiana. Si habes venditionem valet pactum et sic est contra supra de pactis L. nemo; si autem habes pactionem vel conventionem,

Digitized by Google

einige Handschriften hätten nullam esse pactionem oder conventionem statt venditionem, wobei schon das Schwanken der Lesart mehr auf eine frühe Conjectur als auf eine Textüberlieferung hindeutet. Seitdem blieb Streit. Bartolus theilt mit, daß bei Gelegenheit eines wichtigen Rechtsstreits eine Gesandtschaft nach Pisa gesendet wurde um den ächten Text zu finden[9]). Dennoch wurde die Opposition nicht beschwichtigt.

Nur sahen die philologisch geschulten Juristen nach Wiederaufleben der Wissenschaften ein, daß sich die Lesart Azos zum übrigen Tenor der Stelle schlechthin nicht schicke. Man fing an, den Text auch in seinen übrigen Theilen umzuwandeln. Faber[10]) las zuerst statt „debitori" „debitoris hypothecam" und gab dadurch der Frage des Juristen einen andern Sinn. Marcian würde hiernach fragen, ob der Debitor dem Creditor den Verkauf der Hypothek verbieten könne. — Besser noch schien dieser Gedanke ausgedrückt, wenn man statt creditore setzte debitore und statt debitore dann weiter creditore[11]). So liest sich jetzt das Ganze:

> Quaeritur si pactum sit a debitore ne liceat creditori hypothecam vendere vel pignus, quid juris sit et an pactio nulla sit talis, quasi contra jus sit posita ideoque venire potest? Et certum est nullam esse pactionem, ut venditioni stetur.

Danach hätte, nun allerdings die Stelle eine ganz neue Gestalt. Sollte man aber hiermit wirklich auf den Urtext zurückgekommen sein? Jetzt spricht sie erst einen unrichtigen Rechtssatz aus[12]). Denn der

---

ut quidam libri habent, planum est. M. S. Bamb. D. 1, 6 (bei Savigny Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter 2. Ausg. Bd. III. Buch 6 S. 726 n. 63) schreibt alii habent actionem vel conventionem. — Baldus conjecturirte gar „ullam esse venditionem."

9) Bartolus ad l. 5 cit. bemerkt: Sed quae litera sit verior? dico quod cum semel haberemus de facto hanc quaestionem misimus usque Pisas ad librum Pandectarum et reperta est vera illa litera nullam esse venditionem.

10) Faber error. dec. 87 err. 1–4 dec. 24, err. 2. Dagegen Jac. Gothofredus animadversiones juris civilis cap. 14. Otto thes. III. p. 301. Hotomann versuchte nullam esse rationem, ut pactioni stetur.

11) Janus a Costa § 1 J. quibus alienare non licet. — Avezan contr. libr. priores c. 10 in Meermann thes. IV. p. 22.

12) Vangerow l. c. § 299. Dagegen Böcking l. c. nullum heiße nicht nur das negotium, welches gar keine, sondern oft auch das, welches, wie hier die pactio, die beabsichtigten Wirkungen nicht habe.

Digitized by Google

Vertrag, wodurch der Debitor dem Gläubiger den Verkauf der Hypothek verbietet, ist nicht null, im Gegentheil macht sich der Creditor, der doch verkauft, eines Furtum schuldig. Zwar kann er nach dreimaliger Denuntiation das Verkaufsrecht wiedergewinnen; allein bis dahin übt der Vertrag alle von den Partheien beabsichtigten Wirkungen.

Die Versuche, einen neuen Text zu schaffen, sind gewaltsam, sie führen nicht zu einem befriedigenden Resultat, sie sind durch keine innere Nothwendigkeit motivirt [13]).

---

13) Pagenstecher Eigenthumsr. Abth. I. S. 62 giebt eine neue Auslegung, wonach hier eine Art Pfand am Pfand bestellt sein soll; der Sinn der Stelle wäre „ein Vertrag, wodurch ein Gläubiger mit seinem Gläubiger übereinkäme, ein ihm selbst gestelltes Pfand nicht zu veräußern, sei gültig". Uns würde ein solcher Vertrag als unzweifelhaft nichtig erscheinen, denn eine Cession seiner Pfandansprüche läge in solchem Vertrag gewiß nicht; ist dieselbe aber nicht in demselben zu sehen, so fehlt es dem creditor creditoris an genügendem Interesse.

Digitized by Google

Zweiter Abschnitt.

Von den Rechten des Pfandgläubigers.

Erstes Hauptstück.

Ungetheiltheit der Pfandhaftung.

§ 82. Princip.

Wir gehen über zur Betrachtung der Rechte des Pfandgläubigers, und nehmen natürlich zum Ausgangspunkt das Pfandrecht an körperlichen Sachen, in welchem dieses Recht seine einfachste und regelmäßige Form hat. Hierbei haben wir einmal die Einzelbefugnisse des Pfandgläubigers ihrem materiellen Inhalt nach darzulegen, insbesondere das Recht des Gläubigers zum Besitz, zur Veräußerung, zur Anstellung der Pfandklage; außerdem sind aber diese Rechte auch ihrem formellen Gehalt nach zu prüfen; es ist festzustellen, in welchem Umfang sie die Sache erfassen und inwieweit sie die Forderung versichern. Wir schicken diese zweite Untersuchung voraus, da ihre Resultate uns bei der Betrachtung der einzelnen Pfandbefugnisse gegenwärtig sein müssen.

Die ältere Doctrin betrachtete die Untheilbarkeit als eine Eigenthümlichkeit, ja einen Grundzug des Pfandrechts [1]), von der man ebendeßwegen schon in der allgemeinen Charakteristik dieses Rechts zu handeln pflegte. Diese Eigenschaft gehört aber in der That dem Pfandrecht nicht an [2]). Als untheilbar läßt sich nur das Recht betrachten, das absolut und unter allen Umständen einer Theilung und Zerlegung

---

1) Merlin de pignoribus lib. 4 tit. V. qu. 127 „hypotheca individua est sui natura“ Averanius interpret. II. 12 n. 18 u. viele Andre. So noch Mühlenbruch Pand. § 314 not. 4. Holzschuher 2. Aufl. Bd. 2. S. 432.

2) Gegen die Untheilbarkeit: Böcking Institut. Bd. I. S. 333 not. 13 beſ. aber Wächter Archiv für c. Pr. Bd. 27 S. 188 flgnde. Ubbelohde Lehre von den untheilbaren Obligationen S. 15—18.

Digitized by Google

in Quoten unfähig ist, welches also nur in seiner Integrität oder gar nicht bestehen kann. Eine solche absolute Unfähigkeit, getheilt zu werden, hat das Pfandrecht nicht. Richtig ist dagegen, daß die Theilung der versicherten Forderung eine Theilung des Pfandrechts nicht als selbstverständliche Consequenz mit sich führt, und daß das Pfandrecht Einflüssen widersteht, welche bei andern Rechten eine Theilung herbeiführen würden. Dies Verhältniß bezeichnen die Römer mit dem Ausdruck „pignoris causa est indivisa“ [3]). Die Neuern aber reden passend von dem Princip der ungetheilten Haftung des Pfands.

Das Gesagte läßt sich dahin zusammenfassen: an und für sich ist das Pfandrecht theilbar, aber diese mögliche Eigenschaft kommt praktisch, doch nur ausnahmsweise nur unter besondern Umständen zur Erscheinung; sie tritt hauptsächlich ein, wenn auf eine solche Theilung der Wille der Contrahenten gerichtet war.

Daß das Pfandrecht theilbar ist, zeigt schon der flüchtige vergleichende Blick auf die Realservitut, die als Muster eines wahrhaft untheilbaren dinglichen Rechts anzusehen ist. Die Realservitut ist um ihrer Untheilbarkeit willen, weder zu Gunsten eines ideellen Theiles des herrschenden, noch an einem ideellen Theil des dienenden Grundstücks möglich; sie wird aufgefaßt einerseits als eine Qualität des herrschenden Grundstücks, die mit dessen Totalität in Verbindung stehen muß und andrerseits als ein Recht, dessen Ausübung an einem blos ideellen Theil der dienenden Sache unmöglich sei. Das Pfandrecht dagegen kann, wenn nicht gerade eine an und für sich untheilbare Gerechtsame, z. B. ein Gewerbeprivileg, verpfändet ist, auch an einer pars pro indiviso bestellt werden, und übt dann alle seine Wirkungen intensiv ungeschmälert aus. Es kann sich, nachdem es sich ursprünglich auf die Sache in ihrer Totalität erstreckte, nachträglich auf einen ideellen Theil derselben einschränken. Hieraus leiten sich Erscheinungen, die mit einer Untheilbarkeit völlig unvereinbar wären. Es enthält namentlich keinen Widerspruch mit den Principien des Pfandrechts, wie dies ältere und neuere Rechtslehrer annahmen, daß nach Justinian's Bestimmung das gesetzliche Pfandrecht der Legatare nur an der Portion des Onerirten, also nur an dem ideellen Theil der Erbschaft haftet, welcher dem belasteten Erben zufällt [4]).

3) l. 65 D. de evictionibus 21, 2.

4) cfr. Glück Bd. 19 S. 176 flgnde. Richtig: Gesterding Ausbeute Bd. 3 S. 197 flgnde.

Digitized by Google

Deßgleichen begreift sich von selbst, daß dann, wenn Mehreren dasselbe Object gleichzeitig und zusammen verpfändet wird, das Pfandrecht eines Jeden nur eine Quote der Sache ergreift [5]). Das Pfandrecht stellt eben der Anwendung des allgemeinen Satzes kein Hinderniß entgegen, wonach eine Mehreren in demselben Akt eingeräumte Befugniß als präsumtiv in Theile zerfallend, betrachtet wird, die Belastung also stets die mindest große ist. Wäre das Pfandrecht ein untheilbares Recht, so müßte umgekehrt, wie bei einer untheilbaren Obligation ein solidarisches Recht aller Theilhaber entstehen.

Nachträglich mindert sich das Pfandrecht und schränkt sich auf einen Theil der Pfandsache ein, wenn der Pfandgläubiger — was ihm freisteht — zu einem ideellen Theil auf sein Pfandrecht verzichtet, oder wenn der Besitzer eines ideellen Theils die Freiheit vom Pfandrecht zu seinem Theil ersitzt, oder wenn Jemand eine Sache verpfändet hat, die er zum Theil unter einer Resolutivbedingung erworben hat, welche nachher eintritt. Selbst eine theilweise Convalescenz ist denkbar, wenn einer der Miteigenthümer die von einem Nichteigenthümer vorgenommene Verpfändung genehmigt, oder ein Theileigenthümer Erbe des verpfändenden Nichteigenthümers wird [6]).

Möglich und zulässig wären daher auch Verträge folgenden Inhalts. Die Partheien bestimmen bei Abschluß des Pfandcontracts, daß sich das Recht des Gläubigers am Pfand künftig in derselben Proportion mindern soll wie die Schuld. Es liegt hierin ein im voraus ausgesprochener Verzicht, vermöge dessen nach und nach ein dem Werth der abgetragenen Summe entsprechender ideeller Theil aus dem Pfandnerus treten soll. Nichts steht auch entgegen, wenn die Partheien von Anfang an ausmachen, daß sich das Recht am Pfand für den Fall künftiger Theilung der Forderung in entsprechendem Maaße theilen solle, so daß in solchem Fall die eine ideelle Hälfte der Sache für die eine, die andere für die andere Forderungsrate verhaftet wäre.

Hierbei bewegen wir uns aber auf dem Gebiet besonderer Verabredung, eigenthümlicher Constellationen. Unsere Absicht war, zur Anschauung zu bringen, daß eine Theilung des Pfandrechts möglich ist. Anders gestaltet sich die Sache, wenn solche besondere Verhältnisse nicht vorliegen.

---

5) l. 10 l. 16 § 8 D. de pignoribus 20, 1.
6) Vergl. die Ausführungen von Wächter l. c.

Digitized by Google

Allerdings wäre ein Rechtssystem nicht undenkbar, wonach im Zweifel jeder einzelne Theil der Forderung nur durch einen entsprechenden ideellen Theil der Pfandsache versichert wäre. Die Theilung der Forderung würde Theilung des Pfands, die Minderung der Forderung theilweise Befreiung der Pfandsache herbeiführen. Doch schon praktisch genommen, würde die Ausführung einer solchen Repartition vielfache, kaum überwindliche Schwierigkeiten bieten. Dies insbesondere, wenn mehrere Gegenstände zusammen verpfändet würden, etwa ein ganzes Vermögen Object des Pfandrechts war. Dergleichen liegt aber auch der Absicht der Constituenten fern. Sie setzen das Pfand und die Forderung in ein solches Verhältniß, daß jenes ganz verhaftet bleibt, bis diese vollständig abgetragen ist. Die Intention ist die Erfüllung des Rechts des Gläubigers zu sichern. Solange demselben noch nicht vollständig Genüge geleistet ist, sei die schuldige Summe nun größer oder kleiner, ist der Zweck des Pfandrechts noch gar nicht erfüllt; es behält daher ungeschwächte Kraft und Wirksamkeit, bis die beabsichtigte, vollständige Tilgung herbeigeführt ist. Ganz ähnlich verhält es sich mit einer Conventionalstrafe, einer lex commissaria; die Strafe verfällt ganz, wenn auch nur ein Theil der Forderung im Rückstand ist [7]); denn es soll die Totalerfüllung durch sie erzwungen werden.

Aus dem Ausgeführten ergeben sich folgende Consequenzen:

1) Es haftet die ganze Sache in ihrem ursprünglichen Bestand für den geringsten Rest der Schuld, sei es an Capital oder an mitversicherten Zinsen, sie kann bis zu deren völligen Abtragung ganz vindicirt, ganz verkauft werden [8]). Es gilt dies auch dann, wenn der Creditor freiwillig Stückzahlung annimmt.

2) Es steht dem Creditor frei, jeden beliebigen Theil der Sache zur Befriedigung der ganzen Forderung zu verwenden. Dies Recht bleibt in ungeschwächter Wirkung, wenn die Pfandsache unter Mehrere getheilt wird, seien nun die Besitzer pro rata Schuldner, oder persönlich von jedem Schuldnerus frei.

Der Besitzer einer Parcelle, den der Creditor angreift, kann diesen nicht mit dem Betrag abfinden, welcher dem Verhältniß des Werths der Parcelle zu dem der Pfandsache entspricht.

---

7) l. 85 § 6 D. de V. Obl. 45, 1. l. 5 § 4 D. eod. l. 23 § 13 D. fam. erc. 10, 2.

8) l. 85 § 6 D. de V. O. 45, 1.

Digitized by Google

Es mag dies hart scheinen, aber es ist auch, abgesehen von den Forderungen der Consequenz, zu bedenken, daß die Parcellirung der verhypothecirten Sache eine große Gefahr für den Creditor enthält, indem er in Folge derselben leicht in die Lage kommt, statt eines einzigen eine Menge von Rechtsstreitigkeiten über die Hypothek zu führen. Durch die drohende solidarische Haftung wird es nun dem Debitor schwer gemacht, Theile der Pfandsache ohne Zustimmung des Creditors zu veräußern und es wird hiermit indirect der Creditor gegen die Gefahr einer solchen Zersplitterung einigermaßen geschützt.

§ 83. Fortsetzung. Beerbung des Schuldners durch Miterben.

Die ungetheilte Haftbarkeit des Pfands für die Gesammtforderung tritt in prägnanter Weise hervor, wenn an Stelle des Pfandschuldners oder des Pfandgläubigers Theilerben eintreten.

Hinterläßt der Pfandschuldner Miterben, so wird die persönliche Forderung des Gläubigers bekanntlich für die Regel nach der Bestimmung der 12 Tafeln in Theilforderungen gegen die Einzelnen zerlegt. Auf das Recht des Gläubigers am Pfand hat diese Theilung keinen Einfluß. Der Gläubiger kann auch die Quote des Pfandobjects, die auf den Miterben fällt, welcher seine Schuldrate vollständig abgetragen hat, immer noch bis zur völligen Tilgung der ganzen ursprünglichen Forderung in Anspruch nehmen; er belangt jenen Miterben als Pfandbesitzer, wenn er ihn nicht mehr als persönlichen Schuldner verfolgen kann [1]).

Es bedarf kaum der Hervorhebung, daß die Ungetheiltheit der Pfandhaftung umgekehrt die Theilung der persönlichen Schuld nicht modificirt. Offerirt daher einer der Miterben, der sich etwa im Besitz der ganzen Pfandsache befindet, die auf ihn entfallende Rate der versicherten Schuld, so kann sich der Creditor der Annahme dieses Theils nicht unter dem Vorwand entziehen, daß er Rückzahlung nicht zu acceptiren gezwungen sei. Würde dieser sich weigern, käme es zur Deposition, so würde der Zinsenlauf für diese Rate sistirt, die Gefahr der deponirten Summe ginge auf den Creditor über.

---

1) l. 8 § 2 D. de pig. a 13, 7. l. 16 C. de distr. pign. 8, 28. l. 1 C. de luit. pignoris 8, 31. l. 25 § 14 D. fam. erc. 10, 2. l. 2 C. de heredit. act. 4, 16. cfr. l. 31 § 8 D. de aedil. edicto 21, 1.

Digitized by Google

In Folge jener ungetheilten Haftung sind die Rechtsverhältnisse der Miterben aufs engste mit einander verwachsen; die Versäumniß des einen Miterben gefährdet die Stellung des andern, sorgfältigeren Erben aufs äußerste. Es sind daher die Mittel und Wege aufzuweisen, durch welche der Einzelne aus dieser so gefährlichen Verbindung heraustreten kann; dann aber ist die Gestaltung der Verhältnisse zu betrachten, wenn nichts geschehen ist, um die solidarische Haft zu lösen und der Theil des Einen für die Schuld des Andern in Anspruch genommen wird.

1) Die einfachste Lösung des Verhältnisses liegt darin, daß der einzelne Miterbe die ganze Schuld tilgt, das Pfand hierdurch befreit und dann gegen die Miterben die actio familiae erciscundae auf verhältnißmäßigen Ersatz anstellt [2]). Selbst gegen Verbot der Miterben ist der Miterbe zu solcher Zahlung befugt, in charakteristischem Gegensatz gegenüber einfacher negotiorum gestio. Es leiten sich ja seine Ansprüche nicht wie bei diesem Verhältniß daraus her, daß er das präsumtive Interesse eines Andern zu wahren suchte, er erhält Entschädigung, weil er eine Verwendung auf die gemeinsame Sache machte, deren Nothwendigkeit in allseitigem Interesse so einleuchtend ist, daß einseitiger Widerspruch hierbei nicht in Betracht kommen kann.

Streng genommen könnte freilich die Tilgung der auf der Sache lastenden Forderung, wie jede andere nützliche Verwendung im familiae erciscundae judicium nur in Anrechnung kommen, wenn die Sache, auf welche sie erfolgte, im Moment der Anstellung dieser Klage noch in der Gemeinschaft war. Hielte man an diesem Princip fest, so wäre die Auslösung des Pfands eine gefährliche Unternehmung. Aber auch im Fall eines vorgängigen zufälligen Untergangs der gemeinsamen Sache zog man die Prästation auf dieselbe aus Gründen dringender Billigkeit utiliter in Berücksichtigung [3]), ja man that Gleiches bei jeder Auflösung der Gemeinschaft, die nach der Verwendung auf die Sache erfolgte.

Hieraus bestimmt sich ein schwieriges und complicirtes Verhältniß, die Ordnung der Sache, wenn entweder der liberirte oder auch der liberirende Miterbe seinen Antheil an der Erbschaftssache veräußerte.

Veräußert der liberirte Miterbe seinen Theil an der Erbschaftssache, so bleibt dem Liberirenden trotzdem ein utile judicium gegen den Liberirten, auf Grund der nun aufgelösten Gemeinschaft.

---

2) l. 18 § 7. l. 25 § 14 D fam. erc. 10, 2. l. 3 C. de neg. gest. 2, 19.

3) l. 31 D. fam. ercisc. 10, 2.

Digitized by Google

l. 6 § 1 D. comm. div. 10, 3. Quare et si fundum Titius alienaverit, licet hic communi dividundo judicio locus non sit: quia a communione discessum est, utili tamen locum futurum, quod datur de praestationibus, quoties communis esse desiit.

Dagegen hat der liberirende Miterbe keine Klage gegen den Käufer, obgleich er jetzt in eine Gemeinschaft mit ihm tritt, weil die Prästation auf die Sache dieser neuerdings gebildeten Gemeinschaft vorging. Wenn aber der liberirende Theilerbe in den Besitz der ganzen ausgelösten Sache gesetzt ist, so hat er ein Retentionsrecht bis zum Ersatz seiner Verwendungen nicht nur gegenüber dem liberirten Miterben, sondern auch dessen Successoren, etwa einem Legatar oder Pfandgläubiger; denn das Retentionsrecht wegen Verwendungen kann, weil es auf einem Verhältniß zur Sache beruht, nicht nur dem Eigenthümer zur Zeit der Verwendung, sondern auch dessen sämmtlichen Nachfolgern opponirt werden.

Analog verhält es sich, wenn der liberirende Miterbe seinen Theil veräußert. Eine Klage gegen den Communisten mit Rücksicht auf die Pfandlösung hat, wenn auch nur utiliter der Liberirende trotz der Veräußerung seines Theils, wegen der einstigen Gemeinschaft. Dagegen steht dem Successor des Liberirenden ein Retentionsrecht zu, wenn ihm der Besitz der ganzen ehemals verpfändeten Sache eingehändigt ist, bis die von seinem Autor gemachten Verwendungen ersetzt sind [4]).

Hat ein Theilerbe nicht das Vermögen oder den Willen, die Gesammtlösung der Pfandsache vorzunehmen und will er doch eine Ordnung der Sache, eine Sicherheit seiner Stellung herbeiführen, so steht ihm auch frei, die actio familiae erciscundae auf Theilung und Auseinandersetzung zu erheben. Der Richter hat dann wo möglich vorzukehren, daß nicht der Sachantheil des Einen wegen der Schuld des Andern beschwert bleibe. Ist die auf der Sache lastende Forderung fällig oder doch wenigstens abzahlbar, so sind die Mittel zu ihrer Abführung nicht selten durch einen gänzlichen oder theilweisen Verkauf der verpfändeten Sache zu gewinnen. Ist sie noch nicht rückzahlbar, so wird der Richter die Communisten zunächst veranlassen, sich genügende

4) l. 14 § 1 D. comm. div. 10, 3 verbis „sed is, qui a me emerit".

Digitized by Google

Sicherheit wegen der Eviction zu geben [5]). Wäre diese nicht erhältlich, so wird er nach den Umständen verfahren, etwa die ganze Sache dem einen adjudiciren gegen Uebernahme der Schuld und Herauszahlung des Mehrwerths der Sache an den Miterben [6]).

2) Betrachten wir das Verhältniß in seiner zweiten Phase. Es ist keinerlei Vorkehrung gegen die Gefahr getroffen, daß die Portion des einen Erben wegen der Schuldrate des andern in Beschlag genommen werde, dennoch tritt der Fall ein.

Hier sind wieder, wie uns scheint, zwei Hauptfälle zu unterscheiden; entweder es kam bereits zu einer Realtheilung einer Auseinandersetzung der Miterben: oder es erfolgte eine solche noch nicht; es hatten vielmehr beide Miterben ihre ideellen Theile an der Erbschaftsmasse, in dem Zustand, in welchem sie dieselben durch den Erbschaftsantritt erhielten.

a) Wenn es bereits zu einer außergerichtlichen oder gerichtlichen Zuweisung der Erbschaftssache gekommen ist, ohne daß der Eviction durch den Pfandgläubiger Erwähnung geschah [7]), so ist anzunehmen, daß Jedem der Theilhaber sein Loos in der Meinung zugetheilt wurde, daß ihm für das Behaltenkönnen garantirt werde. Einem Jeden soll das Seine definitiv zugewiesen sein; in der wechselseitigen Ueberweisung liegt zugleich das gegenseitige Versprechen des Einstehens gegen Eviction. Daher gab man dem evincirten Miterben, der seine Schuldrate abgezahlt hatte, wenn auch kein ausdrücklicher Vertrag über die Gewähr abgeschlossen war, gegen die beim Theilungsact Participirenden, die versäumten ihre Schuldrate abzutragen, eine actio praescriptis verbis, welche ohne Zweifel Ersatz des vollen Interesses des Evincirten zum Gegenstand hat.

Zweifelhaft kann aber sein, ob diese Klage nur dann zugelassen ist, wenn der Evincirte im Augenblick der Theilung von dem Evictionsgrund nicht unterrichtet war und deßhalb versäumte Garantie wegen Eviction zu fordern, oder ob sie auch zusteht, wenn derselbe die Möglichkeit der Eviction bei der Theilung vorhersah und gleich-

5) l. 25 § 21 D. fam. erc. 10, 2.

6) Die Sache sei 1000 werth, es ruhe auf ihr eine Schuld von 900, rückzahlbar erst in 5 Jahren; von den Miterben A. und B. wolle oder könne B. dem A. keine Sicherheit leisten. Hier wäre dem A. die Sache zuzutheilen gegen Verpflichtung der Schuldübernahme und Herauszahlung von 50 an den B.

7) l. 66 § 3 D. de evict. 21, 2.

Digitized by Google

wohl nicht zur Sprache brachte. In letzterem Fall könnte man nach l. 27 C. de evictionibus 8. 45 die Gefahr künftiger Eviction für stillschweigend übernommen halten und darin, daß man keine Vorsorge traf, die Absicht sehen kein Recht wegen Eviction geltend zu machen. Zwei Constitutionen Diokletians scheinen über diese Frage nicht in Einklang [8]).

l. 14 C. fam. erciscundae 3. 36 Diocletianus et Maximianus Hermiano. Si familiae erciscundae judicio, quo bona paterna inter te ac fratrem tuum aequo jure divisa sunt, nihil super evictione rerum singulis adjudicatarum specialiter inter vos convenit, id est, ut unusquisque eventum rei suscipiat, recte possessionis evictae detrimentum fratrem tuum et coheredem pro parte agnoscere, praeses provinciae per actionem praescriptis verbis compellet. a 287—290.

Die Verpflichtung der Miterben sich gegenseitig für Eviction einzustehen, wird hier, falls die Loose derselben gleiche sind, ohne weiteres für alle Fälle angenommen, in denen diese Verbindlichkeit nicht speciell abgelehnt ist. Offenbar soll sie also auch dann eintreten, wenn den Miterben im Moment der Theilung die Existenz eines Evictionsgrundes bekannt war und sie sich doch ein wechselseitiges Versprechen in diesem Betracht nicht leisteten.

Dagegen in der l. 7 C. communia utriusque judicii 3, 38. aus den Jahren 294—305 besprechen dieselben Kaiser den Fall, in welchem Einige von mehreren Miteigenthümern ihren ideellen Theil verpfändeten und die gemeinsame Sache später den andern Miterben durch einen Auseinandersetzungsvertrag zufiel. Hier heben sie aber hervor: si fundi, scientes obligationem, dominium suscepistis, tantum evictionis promissionem sollemnitate verborum vel pacto promissam probantes eos conveniendi facultatem habebitis.

Die Gründe dieser entgegengesetzten Entscheidungen liegen in der Verschiedenheit der vorgetragenen factischen Verhältnisse, welche darauf führen, daß der Erwerber im einen Fall die Gefahr der Eviction übernehmen wollte, im andern nicht. Im letztbesprochenen Fall, in welchem die Erwerber der Gesammtsache den, wie sie wußten, von ihren Gesellschaftern verpfändeten Theil übernahmen, ohne einen Vorbehalt wegen der Eviction zu machen, ist zu schließen, daß sie den Theil derselben,

8) Glück Pandekten Bd. 11 S. 78 flgende.

Digitized by Google

wie er lag, erwerben wollten, also die Gefahr der Eviction gleichsam als Theil des Erwerbspreises mit in Kauf nahmen. Diese Annahme ist aber in dem erstbesprochenen Fall nicht möglich, wo ein familiae erciscundae judicium vorlag, bei welchem eine gleiche Theilung Ziel ist, wo ferner Jedem Loose von gleichem Werth zugetheilt wurden und es dem Gedanken einer gleichen Stellung unter den Miterben widerspräche, wenn nun der Eine sein Loos ungeschmälert behalten könnte, während der Andere das Zugetheilte verlöre und gleichsam von der väterlichen Erbschaft nachträglich enterbt würde.

Wenn also die Miterben die Verpfändung vom Erblasser her kannten und — ohne ihretwegen etwas auszumachen — gleichmäßig theilten, so ist anzunehmen, daß sie auf ihre Evictionsansprüche nicht verzichten wollten.

b) Verschieden ist der zweite Fall. Es kam noch zu keiner Auseinandersetzung und Realtheilung unter den Miterben; der Eine hat die auf ihn entfallende Rate der persönlichen Schuld abgezahlt, der Andere hat dies versäumt. Die ganze Pfandsache aber oder der ideelle Theil, den der Erste innehat, wird vom Pfandgläubiger evincirt und gelangt zur Subhastation.

Es ist klar, daß der evincirte Theilerbe in solchem Fall nicht vollkommen schutzlos sein kann. Es frägt sich aber, was kann er vom Miterben verlangen.

Die verpfändete Sache hätte einen Werth von 24,000, es lastete auf ihr eine Schuld von 20,000, der Miterbe A. zahlt die auf ihn entfallenden 10,000 ab, der Miterbe B. versäumte dies; die Pfandsache wird evincirt und vom Gläubiger für 18,000 verkauft. Hier kann A. jedenfalls die 8000 hyperocha fordern und außerdem 1000, durch welche B. aus des A. Hälfte von seiner Schuld entlastet ist. Ist aber A. befugt, den wahren Werth der auf ihn entfallenden Portion der verpfändeten Sache zu fordern, also in unserm Fall 12,000, kann er gar sein Interesse, welches unter Umständen noch höher steigen kann, liquidiren.

Uns scheint, daß A. nur eine Ausgleichung mit dem Miterben — in der familiae erciscundae actio — zugesprochen werden kann; dagegen existirt kein Rechtsgrund, wonach er befugt wäre, vollen Ersatz seines Schadens durch Eviction zu fordern. Ein Vertrag mit dem Miterben liegt nicht vor, eine Culpa des Miterben, die ihn zur vollen Interesseleistung verpflichtete, läßt sich gleichfalls in der Versäumniß

Digitized by Google

der Zahlung seiner Schuldrate nicht finden, da die Miterben sich einander nur für diligentia quam in suis rebus haften [9]). Wenn A. durch den Communisten zu Schaden kommt, so muß er bedenken, daß er seine Portion nicht frei, sondern der Eviction unterworfen vom Erblasser her erhielt und daß es seine Sache gewesen wäre die Gefahr, die hierin lag, durch Abtragung der Gesammtschuld oder wenigstens rechtzeitige Provocation zum familiae erciscundae judicium zu beseitigen.

Einen Fall, der hierher gehört, aber wieder seine ganz besondere Gestaltung hat, behandelt Papinian libro 8 quaest. [10]):

> Rem hereditariam pignori obligatam heredes vendiderunt et evictionis nomine pro partibus hereditariis spoponderunt: cum alter pignus pro parte sua liberasset, rem creditor evicit. Quaerebatur, an uterque heredum conveniri possit? Idque placebat propter indivisam pignoris causam, nec remedio locus esse videbatur, ut per doli exceptionem actiones ei, qui pecuniam creditori dedit praestarentur: quia non duo rei facti proponerentur. Sed familiae erciscundae judicium eo nomine utile est. Nam quid interest, unus ex heredibus in totum liberaverit pignus, an vero pro sua dumtaxat portione? quum coheredis negligentia damnosa non debet esse alteri.

Die Erben haben die von ihrem Erblasser verpfändete Sache, ehe es zu einer Realtheilung gekommen war, zusammen verkauft und Jeder hat dem Käufer wegen Eviction des ihm zuständigen ideellen Theils Gewähr geleistet. Der eine Miterbe — A. — zahlt die auf ihn entfallende Schuldrate (etwa 1000) an den Erbschaftsgläubiger; der Andere — B. — unterläßt dies; der Erbschaftsgläubiger vindicirt in Folge dessen das ganze verpfändete Grundstück vom Käufer und dieser nimmt darauf wegen seines Interesses, das wir im Ganzen auf 3000 setzen wollen, seinen ratuellen Regreß nicht nur gegen den B., sondern ebenso gegen den A., da ja auch der von diesem verkaufte Theil evincirt wurde. A. hat also einmal 1000 an den Erbschaftsgläubiger gezahlt und doch noch 1500 an den Käufer zu leisten, während B. einfach dem Käufer die 1500 prästirt. Papinian wirft die Frage auf, ob

9) l. 25 § 16 D. h. t. 10, 2.
10) l. 65 D. de evict. 21, 2.

Digitized by Google

A. gegenüber dem B. auf Grund dieses Verhältnisses Ansprüche habe. Er erklärt zuvörderst, daß dem Ersteren durch eine Klagencession Seitens des Käufers nicht geholfen werden könne, da der Käufer keinen solidarischen Anspruch gegen A. und B. habe, vielmehr Jeden nur für das von ihm Verkaufte in Anspruch nehmen könne. Wohl aber sei Hülfe für A. im familiae erciscundae judicium zu suchen.

Was aber A. hier von B. fordern kann, darüber spricht er sich nicht aus. Versuchen wir die Antwort aus den Motiven Papinians zu entnehmen, so führt das erste Motiv — nam quid interest — nur auf eine beschränkte Berechtigung; die Zahlung, die der A. an den Erbschaftsgläubiger machte, soll zugleich als theilweise Befreiung der Pfandsache, als Vorschuß für die Communion gelten; zahlt der Miterbe nicht seine Schuld entsprechend ab, so könnte er nach diesem Grund nur angehalten werden, eine verhältnißmäßige Rate jenes Vorschusses des A. zu ersetzen. Viel weiter führt Papinians zweiter Grund „coheredis negligentia damnosa non debet esse alteri". Jeder Schaden des A. ist nur abgewendet, wenn ihm Alles ersetzt wird, was er dem Käufer wegen der durch den Miterben verschuldeten Eviction leisten mußte.

Freilich scheint der Grund, den Papinian hier anführt, selbst angreifbar, denn es ist im Allgemeinen gewiß unrichtig, daß schlechthin der Miterbe wegen jedweder Nachlässigkeit des Miterben Ansprüche erheben könne; steht doch Einer dem Andern nur wegen negligentia in suis rebus non consueta ein. Dennoch läßt sich dies in concreto um deßwillen rechtfertigen, weil wir annehmen dürfen, die beiden Erben, die zusammen die verpfändete Erbschaftssache verkaufen und in dieser Weise die Communion an derselben lösen, geben sich durch den Vollzug dieses Akts stillschweigend das Versprechen, sich gegenseitig zu liberiren; sind sie in Erfüllung dieser Verpflichtung säumig, so können sie allerdings einander zur Verantwortung ziehen. Es liegt hier wieder ein ganz besonderes Verhältniß vor, welches Ansprüche wegen vollen Ersatzes des Interesses rechtfertigt.

§ 84. Beerbung des Gläubigers durch Miterben.

Vielfache Bedenken bot das Verhältniß, wenn der Pfandgläubiger mehrere Erben hinterließ [1]).

1) Brauchbare Dissertation: Wolff de pignore a creditoris heredibus in familiae ercisc. judicio deducto. Kiliae 1843.

Digitized by Google

Hier wie so oft ist es nothwendig zum Verständniß der Quellen uns auf den Standpunkt der Gestaltung und Entwicklung zu stellen, in der die Rechtssätze noch flüssig sind, nicht das fertige und ausgebildete Dogma sofort zur Norm zu machen.

Es konnten die römischen Juristen wohl zur Ansicht kommen, daß das Pfandrecht wie andere dingliche Rechte in der Art unter die Erben des Gläubigers getheilt werde, daß Jeder nur an einem ideellen Theil der Pfandsache berechtigt sei. So verhielt es sich natürlich bei der fiducia, dem früher ausgebildeten pfandrechtlichen Institut, wenn der Gläubigereigenthümer mit Hinterlassung mehrerer Erben starb.

Diese Ansicht überhob zudem mancher praktischer Schwierigkeiten.

Nimmt man an, jeder der Miterben des Gläubigers erhält für seine Forderungsrate ein Pfandrecht in solidum, so folgt consequent, es kann ein Jeder für sich auch die ganze Sache verkaufen. Würden etwa mehrere dies Recht für sich und getrennt exerciren und an verschiedene Personen veräußern, so hätte der Käufer den Vorzug, der den Besitz zuerst erhielte. Mit andern Worten, der Miterbe käme in die Vorhand, der sich am schnellsten des Besitzes des Pfands zu bemächtigen wüßte. Zwar könnten sich die andern Erben wegen der hyperocha an ihn halten und selbst gleiche Austheilung des Erlöses fordern. Immerhin wäre ihr Pfandrecht vernichtet, sie hätten nur einen persönlichen Anspruch gegen den verkaufenden Miterben, der möglicherweise weder nach seinen öconomischen Verhältnissen, noch seiner Lebensstellung Garantien bietet [2]).

Solchen Complicationen entging man, wenn man Jedem der Miterben nur ein Theilpfandrecht zuschrieb. Dieser Meinung huldigte, uns scheint dies nicht zweifelhaft, Ulpian. Denn wie anders ließe sich folgende Entscheidung erklären?

Ulpianus libro 28 ad edictum l. 11 § 4 D. de pign. act. 13, 7. Si creditori plures heredes extiterint et uni ex

---

2) Auch der Schuldner ist bedroht. Wenn er für eine Schuld von 1000 ein Pfand von 1000 stellt; der Creditor hat zwei Erben A. und B. Der erste verkauft das Pfand und verbraucht die Gesammtsumme von 1000 ohne dem B. zu restituiren, so bleibt dessen Forderung auf die 500 bestehen.

Digitized by Google

his pars ejus solvatur, non debent caeteri heredes creditoris injuria affici, sed possunt totum fundum vendere oblato debitori eo, quod coheredi eorum solvit:[3]) quae sententia non est sine ratione. —

Der Schreiber dieſer Zeilen kann nicht die Meinung gehabt haben, daß Jeder der Miterben des Pfandgläubigers das Recht habe, ohne weiteres die ganze Pfandſache zu verkaufen. Er ſtellt den Verkauf des Ganzen durch die nicht befriedigten Creditoren als eine beſondere Gunſt hin, die ſie erſt noch erwerben müßten durch Oblation des Betrags, welchen der Schuldner ihrem Miterben abgezahlt hat. Der Gedanke des Juriſten muß alſo geweſen ſein: Jeder Miterbe kann an und für ſich nur einen ideellen Theil der Pfandſache verkaufen. Nun wird aber nicht ſelten der Verkauf eines ideellen Theils unthunlich ſein, indem ſich Kaufliebhaber nur zum Ganzen finden werden[4]). In ſolchem Fall ſei nach der Anſicht Mancher aus Billigkeit und beſonderer Rückſicht zu geſtatten, daß die nichtbefriedigten Miterben gegen Oblation des vom Schuldner an die Miterben bereits gezahlten Betrags die ganze Pfandſache verkauften. Ohne ſich dem anzuſchließen, meint Ulpian, das ſei nicht ohne Ration.

Andere römiſche Juriſten vertheidigten das entgegengeſetzte Princip. Wie bisher das ganze Pfand jeden Theil der urſprünglichen Forderung deckte, ſo ſollte ſich dies auch nach dem Tode des Erblaſſers nicht ändern[5]). Und in dieſem Sinn reſcribiren, etwa 40 Jahre nach Ulpian, Valerian und Gallienus, ja ſie ſtellen dieſen Satz als einen — jetzt — unbezweifelten hin:

l. 1 C. si unus ex pluribus heredibus 8. 32.

Manifesti et indubitati juris est, defuncto creditore multis relictis heredibus, actionem quidem personalem inter eos ex lege duodecim tabularum dividi: pignus vero in solidum unicuique teneri. a 258.

Damit nun aber nicht, wie dies nach dieſem Syſtem doppelt

---

3) Die Aechtheit des Zuſatzes verbürgen die Baſiliken XXV. I. c. 10.

4) cfr. l. 31 § 5 D. de aedil. edicto 21, 1. plures heredes emtoris ...: consentire debent ... ne forte venditor injuriam patiatur, dum ab alio partem recipit hominis, alii in partem pretii condemnatur, quanti minoris is homo sit.

5) So auch bei der Prädialſervitut l. 23 § 3 D. 8. 3. quaecunque servitus fundo debetur, omnibus ejus partibus debetur et ideo, quamvis particulatim venierit, omnes partes servitus sequetur.

Digitized by Google

leicht geschehen kann, Zufall, damit nicht Prävention unter den Miterben einen Vorzug gebe, sondern die Lage Aller eine gleiche werde, mußte man die Pfandverhältnisse im Theilungsjudicium ordnen und hier eine den Interessen Aller conforme Ausgleichung zu erzielen suchen.

Und zu diesem Zweck schlug man zwei wesentlich verschiedene Wege ein.

1) Wenn auch die Forderungen des Erblassers unter die mehreren Erben ipso jure getheilt sind, der Theilungsprozeß also zunächst nur für die Theilung körperlicher Sachen bestimmt ist, so kann der Theilungsrichter doch, wo dies zweckmäßig erscheint, besonders wenn verschiedene gleichgute Forderungen in der Masse sind — diese hereinziehen.

Dies mag er denn auch hier thun und die pfandrechtlich versicherte Forderung einem der Miterben ganz zutheilen. Dieser macht dann die Forderung zu einem Theil als Erbe, zu einem andern als Cessionar geltend. Der ihm so zugewiesene Betrag wird bei der Theilung der übrigen Vermögensgegenstände in Anschlag gebracht [6]). Einen Fall der Art berichtet Scaevola lib. 1 respons. l. 11 D. de distract. pignor. 20, 5.

> Arbiter dividendae hereditatis, cum corpora hereditaria divisisset, nomina quoque communium debitorum separatim singulis in solidum adsignavit: Quaesitum est an debitoribus cessantibus pro solido pignus vendere quisque potest? Respondi posse [7]).

Der Theilungsrichter hatte die Forderungen des Erblassers den einzelnen Miterben zugewiesen, der Pfänder aber, welche sie deckten, nicht gedacht. War nun gleichwohl der Miterbe berechtigt, die den zugewiesenen Forderungstheilen anklebenden Pfandrechte zu ererciren? Diese

---

6) l. 3 D. familiae erciscundae 10, 2. Einer besondern Abtretung der zugewiesenen Forderung durch die Miterben bedarf es nicht.

7) Dieselbe Frage behandelt Scävola nur mit etwas umständlicherer Erzählung im lib. 6 Digestorum l. 14 D. eod. Diese Wiederholung in demselben Titel ist auffallend. Ein gleiches findet sich aber noch in mehreren andern Stellen in l. 54 D. de peculio und l. 58 D. eod. Scaevola lib. 1 resp. und lib. 5 Dig l. 38 § 4 D. de legatis III. lib. 19 Dig. vgl. mit l. 93 pr. D. eod. lib. 3 resp. vgl. Blume Ztschrft. für gesch. Rechtsw. Bd. IV. S. 312 Anm. 28 u. 29. Fitting Alter der Schriften röm. Juristen S. 27 schließt aus der größern Umständlichkeit der Erzählung der Digesten, wohl mit Recht, daß die Responsen das spätere Werk waren.

Digitized by Google

Frage beantwortet Scävola bejahend; das Pfandrecht ist Accessorium der Forderung, im Zweifel erstreckt sich daher die Zuweisung der Forderung auch auf das Pfandrecht, wenn auch hierüber dem Wort nach nichts bestimmt ist.

2) Bei den Römern war die Cession der Forderung noch in der frühern classischen Zeit ein sehr unvollkommnes Rechtsmittel, da die Denuntiation, welche dem Institut erst rechte practische Brauchbarkeit gab, schwerlich vor der Zeit der Severe ihre hemmende Wirkung übte. Auch mochte man über die Befugniß des Richters zur Hereinziehung der Forderungen des Erblassers in das Theilungsjudicium nicht durchaus gleicher Ansicht sein. Dieselbe erschien zudem nicht immer als zweckmäßig namentlich dann nicht, wenn die Ausstände unsicher waren und die Erben sich nicht freiwillig über die Uebernahme zu einem Schätzungswerth einigten.

Daher war bei den römischen Richtern ein anderes Mittel zur Auseinandersetzung der Miterben in Gebrauch, die Adjudication des Pfands an einen der Theilerben. Dieses Auskunftsmittel scheint auf den ersten Blick noch einfacher, als die vorgängige Zutheilung der Forderung; frug man sich aber, welche Rechtsverhältnisse in Folge derselben für den Gläubiger entstehen, so zeigen sich nicht geringe Schwierigkeiten.

Von dem durch die Adjudication entstehenden Rechtsverhältniß handelt ausführlich Paulus libro 23 ad edictum und zwar legt er nicht ein fertiges Resultat in scharf und dogmatisch ausgeprägten Sätzen vor uns, er greift vielmehr eine einzelne Seite heraus und schildert von da aus den Gang seiner Betrachtungen, wie sie sich bei Prüfung des Verhältnisses bei ihm entwickelten.

Paulus lib. 23 ad edictum. l. 29 D. fam. erc. 10, 2.

Si pignori res data defuncto sit, dicendum est in familiae erciscundae judicium venire. Sed is cui adjudicabitur, in familiae erciscundae judicio pro parte coheredi erit damnandus: nec cavere debet coheres [8]), indemnem eum fore adversus eum qui pignori dederit, quia pro eo erit, ac si hypothecaria vel Serviana actione petita litis aesti-

8) So ist — übereinstimmend mit den Basiliken lib. XLII. 3 c. 29 — zu lesen statt des handschriftlichen coheredi. Denn diesem Text nach wäre der Adjudicatar

Digitized by Google

matio oblata sit, ut et is qui obtulerit adversus dominum vindicantem exceptione tuendus sit. Contra quoque si is heres cui pignus adjudicatum est velit totum reddere[9] (erg. debitorem) licet debitor nolit, audiendus est (non idem dici potest si alteram partem creditor emerit; adjudicatio enim necessaria est, emtio voluntaria); nisi si objiciatur creditori, quod animose licitus est. Sed hujus rei ratio habebitur, quia quod creditor egit pro eo habendum est ac si debitor per procuratorem egisset et ejus quod propter necessitatem impendit etiam ultro est actio[10] creditori.

Das dem Gläubiger versetzte Pfand kann in das Verfahren über Theilung seiner Erbschaft hereingezogen und einem seiner Erben adjudicirt werden, — trotzdem, daß es nicht einen selbstständigen Vermögenswerth für den Pfandgläubiger repräsentirt, sondern nur ein Sicherungs- und Deckungsmittel bildet.[11] Der Adjudicatar wird seinem Miterben, der nun seines Pfandrechts verlustig geht, verhältnißmäßig condemnirt. Und zwar wird der Werth hierbei zu Grunde gelegt, der aus der Pfandsache zur Befriedigung der Forderung gewonnen werden könnte. Ist derselbe zweifelhaft, so kann der Richter eine Licitation unter den Miterben veranstalten und dem Meistbietenden das Pfand zuschlagen[12].

Zwei Auffassungen des Verhältnisses, die auf den ersten Blick nahe zu liegen scheinen, werden vom Juristen nicht getheilt, vielmehr stillschweigend aufs entschiedenste verworfen.

---

das Subject, welches die Caution den abgefundenen Miterben leisten müßte. Eine solche könnte höchstens dahin gehen, daß ihnen der Verpfänder das Pfand nicht mit der a pigneratitia abfordern werde, eine Klage, die indessen ohnehin zweifellos unwirksam ist. Haloander liest nec caveri debet. Vgl. Schmid Cession I. S. 231.

9) Haloander reddi. Die Florentina liest reddere.

10) Fl. etiamultroestillamactio.

11) Ueber diese schwierige Stelle ist besonders zu vergleichen: Basil. lib. XLII. tit. 3 c. 29 und von den Scholien, die des Cyrillus, denn die andern sind werthlos; ferner die Glosse ad h. l. Cujacius lib. XXIII. Pauli ad edictum. Glück Bd. 11 S. 59 flgnde. not. 62 Sintenis Pfandrecht S. 447 ff. Wolff l. c. p. 23 flgnde. Bachofen Pf.-R. S. 196 ff., mit dem wir im Wesentlichen übereinstimmen. Vangerow I. § 365. Schmid Cession I. S. 269 ff.

12) Daher die Rede davon ist, daß der Miterbe animose licitus est.

Digitized by Google

a) Der Miterbe wird durch die Adjudication nicht Eigenthümer des ihm zugewiesenen Pfandes [13]), wie man etwa nach dem gewöhnlichen Begriff der Adjudication hätte glauben können. Nur was den Erben bisher eigenthümlich zugehörte, kann durch die Zutheilung des Richters ausschließliches Eigenthum des Adjudicatars werden, ein emphyteutisches Grundstück bleibt auch beim Adjudicatar Emphyteuse, ein zugewiesenes Pfand ist auch in seiner Hand, Pfand. Wir dürfen nicht an einen Uebergang wie durch Pfandverkauf denken. Sonst wäre gefordert, daß die Sache bereits zum Pfandverkauf reif sei, daß die Forderung fällig, dem Schuldner Anzeige gemacht sei [14]). Es stünde dann den Creditoren nicht frei, den Kreis der Bieter auf die Miterben zu beschränken, also das etwaige höhere Gebot eines Fremden unberücksichtigt zu lassen.

b) Durch die Adjudication gehen keineswegs die Forderungsraten der abgefundenen Miterben auf den Adjudicatar über [15]). Hätte man dies angenommen, so hätte das Verhältniß keinerlei Schwierigkeiten dargeboten und es hätte einer besondern Ausführung von Paulus nicht bedurft. Wäre dies der Fall, so wäre die Vergleichung des Adjudicatars mit einem Besitzer der Pfandsache, der, ohne sich Cession der Klagen erwirkt zu haben, die Litisästimation offerirt hatte, unbegreiflich; dann wäre es nicht verständlich, daß Paulus die Frage aufwirft und behandelt, ob der Adjudicatar mit Rücksicht auf die ausgelegte Summe eine Klage erhält.

Paulus giebt selbst im Schlußsatz den Gesichtspunkt an, von dem aus das Verhältniß zu behandeln ist. Der Adjudicatar macht, indem er die durch den Theilungsrichter festgesetzte Summe an den Miterben auszahlt, eine Verwendung auf das Pfand, welche dem gemeinsamen Schuldner zu Gute kommt, und die durch die Nothwendigkeit des Verhältnisses hervorgerufen ist (propter necessitatem impendit).

---

13) Richtig auch Bachofen S. 199.

14) Kann doch selbst der Nachhypothecar nicht durch Kauf vom ersten Pfandgläubiger Eigenthum erwerben. l. 5 § 1 D. de distr. pign. 20, 5. si secundus creditor vel fidejussor soluta pecunia pignora susceperunt, recte eis offertur, quamvis emptionis titulo ea tenuerint.

15) Das Gegentheil vertheidigt Sintenis Pfandrecht S. 456 ff.; neuestens Schmid Cession I. S. 270. Insoweit der Miterbe nicht abgefunden ist, bleibt seine Forderung, als chirographarische bestehen. Nur die Pfandbefugniß giebt er auf.

Digitized by Google

Insoweit der Adjudicatar den Miterben abgezahlt hat, insoweit ist der Erbschaftsschuldner befreit.

Folgen wir von diesem Gesichtspunkt aus Paulus im Einzelnen.

Er beginnt damit festzustellen, daß der Adjudicatar wegen der ausgelegten Summe, ein Retentionsrecht habe bis zu vollständiger Erstattung der Auslage. Insoweit steht er eben dem dritten Besitzer des Pfandobjects gleich [16]), der den vindicirenden Gläubiger durch Zahlung der Litisästimation abgefunden hat und die Sache dem Eigenthümer gegenüber zurückhalten kann, bis ihm diese Auslage, die sich als Verwendung qualificirt, ersetzt ist. Da der Adjudicatar die Sache nicht erwerben soll, so muß ihm der Miterbe keine Caution dafür leisten, daß ihm der Verpfänder die Sache nicht abvindicire.

Die Verwendung aber, die ein Pfandgläubiger macht, hat doch eine andere Qualification, als eine Verwendung, die vom bloßen Besitzer des Pfandes ausgeht. Sie berechtigt den Pfandgläubiger auch zur Klage gegen den Verpfänder. Daher fährt Paulus fort (contra quoque), es kann der Adjudicatar Erstattung des dem Miterben Abgezahlten vom Verpfänder verlangen gegen Rückgabe der Pfandsache. Zu diesem Zweck eröffnet sich ihm die actio pigneratitia contraria [17]). Also ist er auch seinerseits berechtigt, das Verhältniß aufzulösen, der Adjudicatar ist an dasselbe sowenig festgebunden, als der Verpfänder, dem umgekehrt das Auslösungsrecht bleibt [18]).

---

16) Dieselbe Vergleichung giebt Ulpian in der l. 7 § 12 D. comm. div. 10, 3.

17) Die Glosse, nachdem sie auch an eine actio cessa gedacht hat, worüber sie sich indessen nicht ganz klar wird, bezeichnet diese Klage als eine actio neg. gest. und verwirft ausdrücklich die a pigneratitia contraria, weil „in rem conservandam vel reficiendam nihil est impensum". Für die a pign. contr. aber erklärte sich bereits Cujacius l. c. inf. Wolff. l. c. Bachofen Pf.-R. S. 206.

18) Ganz anders erklärt Bangerow I. § 365 unsere Stelle. Er nimmt an, Paulus behandle in der ganzen Entscheidung von Anfang bis zu Ende den Fall, in welchem der Verpfänder gegen den Adjudicatar klage und unterscheide dabei zwei Constellationen:

a) Der Verpfänder fordere die ganze Pfandsache, hier könne er offenbar mit der exceptio doli zurückgewiesen werden, bis er nicht nur die ursprüngliche Forderung des Adjudicatars befriedigt, sondern auch dessen Auslage an den Miterben abgefunden habe.

b) Der Verpfänder fordere nach Befriedigung der ursprünglichen Forderung des Adjudicatars nur die Hälfte der Pfandsache zurück, um dem Ersatz des Ausgelegten zu entgehen (von contra quoque an). Allein es ist weder im ersten Glied

Digitized by Google

Dies setzt der Jurist auseinander und begründet es namentlich in den Schlußworten, von sed hujus rei ratio an. Zwei Gedanken aber fügt er noch hinzu, welche nach andern Seiten hin das Verhältniß bestimmter abgrenzen sollen.

Ganz anders stehe die Sache, meint er, wenn ein Pfandgläubiger, dem ein Theil eines Pfandobjects, sei es ein ideeller oder reeller verpfändet sei, den andern Theil hinzukaufe. Er könne sich nicht darauf berufen, daß auch hierin eine nützliche Verwendung liege und Abnahme des Hinzugekauften gegen Erstattung der Auslage fordern; denn es bilde hier jener Ankauf ein eignes, selbstständiges, durch das Pfandverhältniß vielleicht veranlaßtes, aber nicht gebotenes Geschäft, das auf Kosten und Gefahr des Pfandgläubigers gehe. Die Adjudication sei ein unausweichlicher, der Kauf ein freiwilliger Act.

Und dann wirft Paulus noch die Worte herein, nisi si objiciatur quod animose licitus est, unverbunden genug mit dem vorgehenden Satz, daß die emtio voluntaria sei. Wir sehen hierin eine Modification des Ausspruchs im Hauptsatz, wonach das vom Adjudicatar Ausgelegte vollständig vom Verpfänder ersetzt werden muß. Bietet Jemand so übermäßig und eifrig, daß sein Gebot die Summe der pfandrechtlich versicherten Forderung überschreitet, so hat der Theilungsrichter, wenn das sofort liquid ist, die Condemnation auf den Betrag zu reduciren, den die Forderung der Miterben ausmacht [19]). Mehr durch das Theilungsjudicium vom Adjudicatar zu erhalten, haben diese kein Recht und kein Interesse, da sie den Ueberschuß doch an den Verpfänder restituiren müßten. War dies hingegen nicht sofort dem Richter liquid, der Adjudicatar hat im Eifer des Bietens mehr geboten und mehr gezahlt, als die Miterben vom Verpfänder fordern konnten, so hat diesen Mehrbe-

---

ausgesprochen, daß der Verpfänder das Ganze vindicire, noch im zweiten, daß er nur den einen, dem Beklagten ursprünglich zugefallenen Theil des Pfands (man müßte unterstellen, Paulus habe die Theilung der Pfandberechtigung unter die Miterben statuirt) in Anspruch nehme.

Jedenfalls nimmt aber auch Bangerow an, daß Paulus zum Schluß ausspreche: „Daß der Pfandgläubiger sogar mit einer Klage den Ersatz seiner nothwendigen Auslage verlangen könne." Im Resultat kommt er also mit der gemeinen Meinung überein, daß der Adjudicatar habe a) Retention, b) Klage wegen der Verwendung.

19) l. 7 § 12 D. comm. div. 10, 3. Bachofen I. S. 198.

Digitized by Google

trag der Verpfänder dem Adjudicatar nicht zu ersetzen [20]). Nur dies soll wohl der etwas abrupte Zusatz andeuten. Insoweit die Auslage dem Verpfänder zu Gute kam, objectiv durch das Pfandverhältniß geboten und nothwendig war, kommt sie natürlich in Anrechnung, ohne daß die subjective Gemüthsstimmung des Licitanten sein größerer oder geringerer Eifer etwas ändert.

Soweit Paulus: der Adjudicatar erwirbt nicht die Forderungsquote der Miterben — gleich einem Cessionar — er tilgt dieselbe vielmehr, gerade um deßwillen erhält er Ansprüche gegen den Verpfänder, die materiell der getilgten Forderung entsprechen, formell als neuentstandene Ansprüche aufzufassen sind. Er hat wegen der Auslage ein Retentionsrecht, er hat eine Klage, die actio pigneratitia contraria, die dem Creditor wegen aller Verwendungen mit Rücksicht auf das Pfand zusteht. Wir dürfen aber auf Grund der allgemeinen Principien noch einen Schritt weiter gehen als Paulus, selbst die Pfandhaftung erstreckt sich nicht nur auf die ursprüngliche Schuldrate des Miterben, sondern auch auf die Abfindungssumme, auch wegen dieser Auslage kann das Pfand veräußert werden. Denn die pfandrechtlich versicherte Summe wächst durch die Impensen [21]).

So schließt sich das Verhältniß ganz an die später zu erörternden Fälle der hypothecarischen Succession, insbesondere an das jus offerendi des nachstehenden Pfandgläubigers an.

Es werden durch die Adjudication des Pfands an den einen Miterben materiell verwandte Folgen erzielt, wie sie durch Cession der Forderungsraten der Miterben entstanden wären.

§ 85. Theilbarkeit der Obligation auf Bestellung eines Pfandrechts.

Es bedarf zum Schluß noch die Frage Erörterung, wie es sich verhalte, wenn blos der Vertrag abgeschlossen war, daß an einem gewissen Object ein Pfandrecht constituirt werden solle, wenn aber vor der wirklichen Bestellung der Gläubiger oder der Promissar mit Hin-

20) l. 25 D. de neg. gest. 3, 5. Si quis negotia aliena gerens plus, quam oportet, impenderit recuperaturum eum id, quod praestare debuerit.

21) a. Anf. Bachofen l. c.

Digitized by Google

terlassung mehrerer Erben verstirbt. Gerade im neuern Rechtsverkehr kann sie leicht von Wichtigkeit werden [1]).

Hinterläßt der Promissar eines Pfandrechts mehrere Erben, dann ist, wie uns scheint, die Obligation der Pfandbestellung unter die mehreren Erben in der Art getheilt, daß Jeder an einem seiner Erbrate entsprechenden ideellen Theil der Sache ein Pfandrecht zu bestellen hat, jedoch nicht blos für die auf ihn persönlich entfallende Schuldquote, sondern für die gesammte Forderung wie sie der Erblasser schuldete und zu versichern versprach. Denn die Regel, daß Verpflichtungen unter die Erben getheilt sind, tritt immer ein, wenn eine quotuelle Leistung an und für sich thunlich ist und einen ratuellen Werth für den Creditor hat [2]).

Gerade umgekehrt verhält es sich dagegen, wenn der Creditor in unserm Fall mit Hinterlassung mehrerer Erben verstirbt. Jeder der Miterben hat hier nur ein Interesse daran, daß seine Forderungsrate durch ein Pfandrecht versichert werde. Aber er muß sich nicht damit begnügen, daß ihm etwa nur an einem ideellen Theil der Pfandsache ein Pfandrecht bestellt werde, denn durch solche Bestellung würde auch — wenn Allen geleistet wäre — der ursprünglichen Intention des Vertrags nicht Genüge geleistet sein. Es kann vielmehr jeder Miterbe fordern, daß ihm — im Verein mit den Miterben — ein solidarisches Recht an der ganzen Sache constituirt werde [3]). Würde der Schuldner dem einen ohne Vorbehalt das erste Recht einräumen, so könnte er allerdings dem später sich meldenden Miterben des Gläubigers gleiches Recht nicht mehr gewähren. Er würde sich aber gerade um deswillen diesem zweiten Miterben verantwortlich machen und ihn durch Stellung eines andern gleichwerthigen Pfands schadlos halten müssen.

---

1) Diese Fragen behandelt und beantwortet richtig Ubbelohde. Die Lehre von den untheilbaren Obligationen S. 58 flgnde.

2) Das Versprechen, ein Pfandrecht an einer bestimmten Sache zu bestellen, wird also verschieden behandelt von der Promission eine Servitut zu constituiren. Noch unzweifelhafter ist die Verpflichtung getheilt, wenn im Allgemeinen „hypothecarische Sicherheit" versprochen ist.

3) cfr. l. 17 D. de servit. 8, 1.

Digitized by Google

Zweites Hauptstück.

Besitz des Pfandgläubigers. Antichrese. Retentionsrecht.

§ 86. Untersuchung der Besitzverhältnisse.

Der Pfandgläubiger hat Anspruch auf den Besitz des Pfandobjects — falls dieses eine körperliche Sache ist. Um diesen Anspruch genauer zu charakterisiren, müssen wir natürlich auf die Theorie des juristischen Besitzes eingehen. Aber diese merkwürdige Lehre ist, wie Großes hier auch geleistet ist, selbst in ihren Hauptpunkten noch keineswegs vollständig abgeschlossen und in ihren treibenden Grundgedanken nur theilweise bestimmt. So wird jede auf einen speciellern Punkt derselben gerichtete Prüfung unter der Zweifelhaftigkeit der Fundamente leiden und nicht leicht allseitig befriedigen.

Doch bevor wir auf die Würdigung des Besitzrechts des Pfandgläubigers eingehen und versuchen, es mit dem ganzen System des Besitzes zusammenzudenken wo denn eben die Schwierigkeiten beginnen, wollen wir versuchen in der Zusammenstellung der Einzelbestimmungen aus den Quellen eine möglichst sichere Grundlage zu gewinnen. Wir betrachten hierbei natürlich die Stellung des Faustpfandgläubigers und des bloßen Hypothekars gesondert und fassen dann noch die Besitzverhältnisse des Verpfänders und die Frage ins Auge, mit welchem Moment der Pfandgläubiger den juristischen Besitz verliert.

1) Die Römer schreiben dem Gläubiger, dem ein Faustpfand gegeben ist, nicht wie dem Miether oder Depositar die bloße Detention zu, sie erkennen an, daß er juristischen Besitz habe; Gajus, Scävola, Africanus, Florentinus, Paulus, Ulpianus sind hierüber einig [1]). Daher hatte der Pfandgläubiger die possessorischen Interdicte und dies auch dann, wenn er den Besitz durch freiwillige oder nothwendige Stellvertreter ausübte [2]). Dagegen fehlt ihm die Möglichkeit der Usucapion, da

1) l. 13 § 1 D. de Publ. in rem a. 6, 2. l. 14 § 3 D. de div. praescr. 44, 3. l. 40 pr. D. de a. vel o. p. 41, 2. l. 35 § 1 D. de pig. a. 13, 7. l. 37 D. eod. l. 1 § 15 D. de a. v. o. p. 41, 2. l. 22 § 1 D. de nox. act. 9, 4 l. 6. D. de precario 43, 26.

2) l. 14 § 3 D. de div. temp. praescr. 44, 3 bezog sich ursprünglich auf das interdictum utrubi.

Digitized by Google

ſie vorausſetzt, daß man ſich für den Eigenthümer halte [3]). Am beſtimmteſten formulirt dies Verhältniß Javolenus libro 4 ex Plautio l. 16 D. de usurp. et usuc. 41, 3 .. qui pignori dedit ad usucapionem possidet, quod ad reliquas omnes causas qui accepit possidet: adeo ut addici possit et possessio ejus, qui pignori dedit.

Dem gegenüber müſſen Bedenken gegen den juriſtiſchen Beſitz des Pfandgläubigers, die hie und da auftauchen könnten, verſchwinden. Um den Beſitz des Gläubigers abzuleugnen, könnte man ſich auf l. 15 § 2 D. qui satisdare cog. 2, 8 berufen.

> Macer lib. I. de appellationibus. Sciendum est possessores immobilium rerum satis dare non compelli ... Creditor, qui pignus accepit, possessor non est, tametsi possessionem habeat aut sibi traditam aut precario debitori concessam.

Macer iſt einer der jüngſten Juriſten, er ſchrieb ſein Werk de appellationibus unter Alexander Sever [4]); ſollte er die Theorie der Vorgänger verlaſſen, den juriſtiſchen Beſitz des Pfandgläubigers abgeläugnet und ihm nur noch Detention zugeſchrieben haben? [5])

Der Juriſt nimmt den Begriff von possessor, dies zeigt ſeine ganze Erörterung, nicht nach Maßgabe des juriſtiſchen Beſitzes in ſeiner techniſchen Bedeutung. Als possessor gilt ihm, wer dem Anſchein nach als angeſeſſener Grundeigenthümer einer Gemeinde zu betrachten iſt, oder in einem Verhältniß ſteht, das den gleichen Charakter trägt. Juriſtiſcher Beſitz iſt nicht genügend, um dieſe Qualität zu geben, aber auch nicht unbedingt erforderlich, wie dies ſich namentlich bei der Ehefrau zeigt, deren zur Dos gegebene Grundſtücke weder in ihrem Beſitz noch Eigenthum ſtehen, und die doch als Poſſeſſorin betrachtet wird.

Macer ſtellt den Begriff des Poſſeſſors auf, um zu beſtimmen, wer von der Satisdation bei Einlegung einer Appellation wegen der etwaigen Succumbenzſtrafe frei ſei. Doch ſcheinen die von ihm gegebenen Beſtimmungen zu dieſem Zweck wenig angemeſſen. Denn der

---

3) l. 13 D. de usuc. 41, 3. l. 13 § 1 D. de Publ. in rem a. 6, 2. cfr. l. 22 § 1 D. de nox. act. 9, 4. Die civilis possessio wird demnach dem Pfandgläubiger abgeſprochen l. 3 § 15 D. ad exhibendum 10, 4.

4) l. 1 pr. D. si pend. appell. 49, 13. Fitting Alter S. 53.

5) cfr. Savigny Beſitz 6. Auflage S. 106; beſ. Arndts Lindes Zeitſchrift n. F. Bd. III. S. 381.

Digitized by Google

Creditor wird oft mehr Sicherheit bieten als der überschuldete Grundeigenthümer, dennoch muß der erste satisdiren, nicht aber der letztere. Auch ist auffallend, daß auf die Größe des Besitzthums im Verhältniß zum Streitobject keinerlei Rücksicht genommen wird. Aus dem materiellen Recht wird sich dies kaum völlig erklären lassen.

Es sind wohl publicistische Gesichtspunkte die sich hier einmengen. Der Stand der Possessoren spielte in der spätern Kaiserzeit eine hervorragende Rolle [6]); sie galten gewissermaßen als die Vollbürger des Staats. Der Possessor hatte auch, wie wir hier sehen, das Privileg, daß er ohne Satisdation die Appellation einlegen und prosequiren konnte [7]); seine öconomischen Verhältnisse in concreto kommen nicht in Betracht. Die Bestimmungen unseres Gesetzes stehen demnach in enger Verbindung mit der politischen Verfassung Roms; nach deren Untergang sind sie im ursprünglichen Sinn nicht mehr anwendbar, wenn man sich auch im modernen Civilprozeß auf sie zu beziehen pflegt [8]).

Noch weniger kann — trotz einiger bedenklicher Wendungen — eine Verordnung von Justinus l. 7 C. de praescr. ann. 7, 39 gegen unsere Ansicht beweisen. Dort wird die Frage aufgeworfen, ob die Pfandklage des älteren Creditors gegen den jüngeren Pfandgläubiger in dreißig Jahren verjähre oder wie gegen den Schuldner selbst vierzig Jahre dauere, „utpote imaginem debitoris obtinentem eique possidentem.“ Es wird darauf geantwortet, solange der Schuldner lebe, solle dem zweiten Pfandgläubiger die dreißigjährige Verjährung noch nicht zu Statten kommen, „utpote apud debitorem ejus possessione per posteriorem creditorem constituta,“ wenn aber der Schuldner gestorben sei ex eo quasi suo nomine possidentem posteriorem creditorem merito posse triginta annorum opponere praescriptionem.

Aus dieser Verordnung könnte man höchstens schließen, daß der jüngere Pfandgläubiger nicht für sich, sondern in fremdem Namen be-

---

6) cfr. l. 1 D. de decretis ordine 50, 9. Ulpianus ... Medicorum ... constituendorum .. arbitrium .. commissum est ... ordini et possessoribus cujusque civitatis. — c. 19 C. de episcopali audientia 1, 4. cfr. c. 8 C. de aedificiis privatis 8, 10.

7) cfr. Paul. sent. V. tit. 33.

8) Zwar berufen sich die Prozessualisten alle auf diese Stelle Lindes Lehrbuch § 122 Bayer. Vortr. 7. Aufl. S. 87 bes. Schlayer die Lehre von den Cautionen des gemeinen deutschen Civilprozesses Lindes Ztschrft. Bd. IX. S. 208 fgnde. Dennoch tragen sie alle für das heutige Recht mehr oder minder abweichende Grundsätze vor.

Digitized by Google

sitze, solange der Schuldner noch lebe, später aber juristischen Besitz erhalte. Aber dies wäre irrig. Offenbar ändern sich die Besitzesverhältnisse in ihrer technischen Gestalt mit dem Tode des Schuldners nicht. Hat der Nachhypothekar, wie selbst hier zugegeben wird, nach dem Tode des Schuldners juristischen Besitz, so muß er ihn auch vorher innegehabt haben. Die Distinction Justins stützt sich nicht auf einen Unterschied der technischen Besitzverhältnisse, sondern darauf, daß man im einen Fall ein weiteres Hinausschieben der Klagverjährung für billig hielt als im andern. Wenn man dies durch eine Fiction zu coloriren suchte, indem man sagte, in dem einen Fall besitze der Schuldner noch selbst durch den Nachhypothekar, es sei also die Sache so zu behandeln, als sei dieser Beklagter, so hat das eine weitere Bedeutung nicht.

Der juristische Besitz des Faustpfandgläubigers ist ein Satz der römischen Besitzestheorie, der durch diese Entscheidungen nicht zweifelhaft gemacht werden kann.

2) Erhält auch der Hypothekar den juristischen Besitz, wenn er die Pfandsache, sei es in Folge richterlichen Spruchs, sei es mit Bewilligung des Schuldners, apprehendirt? [9]) Die Bejahung scheint uns nach römischem Recht nicht zweifelhaft. Doch hat eine Uebereinstimmung der Neuern noch nicht erzielt werden können.

Daß der Hypothekar in Folge der Pfandklagen juristischen Besitz erhielt, darauf weist schon, daß das interdictum Salvianum — bestimmt für eine Classe der Hypothek, die den übrigen zur Norm und Vorbild diente — von den Römern bezeichnet wird, als interdictum adipiscendae possessionis. Die Interdicte zur Erlangung des Besitzes werden aber von den Römern den retinendae und recuperandae durchaus an die Seite gestellt, was nur geschehen konnte, wenn wenigstens der Zweck aller dieser Rechtsmittel identisch war — Erhaltung und Verschaffen des juristischen Besitzes.

Auch von der actio hypothecaria wird uns durchweg gesagt, sie verschaffe possessio, worunter doch im Zweifel der juristische Besitz zu verstehen ist [10]).

Die Hypothek ist ja — wenn die früher gegebene historische Auf-

9) Gegen den juristischen Besitz des Hypothekars Savigny Besitz S. 337. Bangerow I. § 200 2) a. Für denselben Sintenis Pfandrecht S. 231. Bachofen S. 147. Gesterding Nachforsch. Bd. 4 S. 38 bes. Bruns Besitz S. 6.

10) l. 66 D. de evict. 21, 2 haec enim etsi in rem actio est, nudam tamen

Digitized by Google

faſſung richtig iſt — nichts Anderes als eine Abart des pignus, welche ſich nur dadurch von dem Fauſtpfand unterſcheidet, daß dort die Pfandſache dem Creditor ſofort eingehändigt wird, hier bei dem Debitor einſtweilen verbleibt [11]). — Wie könnten zudem die römiſchen Juriſten ſagen, es beſtehe zwiſchen pignus und hypotheca kein Unterſchied [12]), wenn der Gläubiger dort juriſtiſchen Beſitz, hier bloße Detention erhält! Daß dies nicht der Fall war, geht ſchon daraus hervor, daß Marcian ein Pfandverhältniß — bei dem der Creditor unzweifelhaft juriſtiſchen Beſitz hatte — als Hypothek bezeichnet [13]).

Und welches Rechtsmittel hätte nach der Gegenanſicht der Hypothekar, um ſich in der Sache zu behaupten. Von beſondern zu ſeinem Schutz aufgeſtellten Interdicten iſt nirgends die Rede. Iſt er alſo nicht Beſitzer der Sache, ſo iſt er gar nicht poſſeſſoriſch geſchützt [14]).

Von entſcheidender Bedeutung endlich ſcheint uns, daß der Hypothekar behufs Vornahme des Verkaufs nothwendig Anſpruch auf juriſtiſchen Beſitz haben muß, denn der Käufer kann nur durch Tradition des Beſitzes Eigenthümer werden. Bliebe nun der Schuldner juriſtiſcher Beſitzer, ſo daß ihm der Hypothekar dieſen Beſitz ſelbſt nicht durch Durchführung der actio hypothecaria entziehen könnte, wie ſoll dann der Käufer in den Beſitz der Sache kommen? [15])

Was für die Conventionalhypothek gilt, hat auch für die Legalhypothek Anwendung, welche nur eine Nachbildung jener iſt.

Anders ſteht es freilich beim pignus praetorium. Der vom

---

possessionem avocat. l. 10 D. de pignoribus 20, 1. utilem actionem competere per quam dimidiam partem possessionis apprehendant singuli. — l. 3 C. de pignoribus 8, 14 .. attamen auctoritate praesidis possessionem adipisci debent. Bruns l. c.

11) Bd. I. S. 50 ff.

12) l. 5 § 1 D. de pignoribus 20, 1.

13) l. 37 D. de possessione 41, 2. Res pignoris nomine data et possessione tradita deinde a creditore conducta convenit, ut is qui hypothecam dedisset . . et rel.

14) Und doch ſagt Juſtinian l. 2. C. de praetorio pignore 8, 22 ... in conventionalibus pignoribus vel hypothecis non solum tenentem creditorem adjuvari, sed etiam si ab ea possessione cedat.

15) Savigny Beſitz S. 337 erwidert hiergegen, der Pfandgläubiger trabire in fremdem Namen, ähnlich einem Mandatar, der auch keine possessio bedürfe um Eigenthum zu übertragen. Allein dieſe Verhältniſſe ſind eben verſchieden, der Mandatar trabirt unter Zuſtimmung des Eigenthümers, der Pfandgläubiger ſoll oft trotz deſſen Oppoſition trabiren.

Digitized by Google

Prätor Immittirte hat nur Detention und Aufsicht, keinen juristischen Besitz [16]). Doch dieses Institut hat einen besondern Ursprung und seine specifische Entwicklung, die mit der Hypothek erst nach der Ausbildung beider Institute zusammentraf. Auch hat der prätorische Pfandgläubiger eigne Interdicte, die der Hypothekar entbehrt. Endlich hat er nicht wie der Conventionalgläubiger ein selbstständiges Verkaufsrecht.

Wie sich die Verhältnisse beim pignus ex causa judicati captum gestalten, ist früher gezeigt worden [17]). Der Schuldner verliert den Besitz nicht, die Obrigkeit sequestrirt nur die Sache und nimmt ihm die Detention.

Diese besondern Abarten des Pfandrechts sind bei den Römern sicherlich für die Hypothek nicht maßgebend gewesen. Gleichwohl haben sie auf unsere moderne Auffassung nicht unerheblichen Einfluß geübt. Der Hypothekar wird in den Besitz der verhypothecirten Sache in der Regel durch die Obrigkeit gelangen. Man sieht in einer solchen Einsetzung in der heutigen Praxis nicht sowohl Ausführung eines Vertrags als Anfang der Execution. Daher ist die Praxis geneigt, den so eingewiesenen Hypothekar einem prätorischen Pfandgläubiger gleich zu behandeln und ihm den gleichen Schutz, wie diesem, zu gewähren.

Natürlich erwirbt der Hypothekar den juristischen Besitz erst vom Moment, in dem er die factische Herrschaft apprehendirt; vorher hat er noch keinerlei Besitz. An diesem Satz könnten uns einige Entscheidungen der Quellen irremachen. Insbesondere ist bedenklich:

> l. 2 C. de distr. pign. 8. 28. Imp. Alexander A. Maximae Creditor, qui hypothecae seu pignoris jure rem sibi nexam vendidit, litigiosam rem non videtur vendere, quia precario debitor possidet.

Der Debitor besitzt die verpfändete Sache precario. Ist also etwa der Gläubiger juristischer Besitzer durch constitutum possessorium geworden? Die Gedanken des Rescripts mit Sicherheit zu enträthseln, ist kaum möglich. Der Verkauf einer verpfändeten Sache durch den Pfandgläubiger soll nicht als Verkauf einer litigiosen Sache gelten? — Aber konnte dies irgendwie zweifelhaft sein, da die Litigiosität Anhängig-

16) l. 3 § 8 D. uti possid. 43, 17. Wo der Immittirte juristischen Besitz erhält, da hat er nicht die Stellung eines Pfandgläubigers oben Bd. I. S. 400.

17) Bd. I. S. 418.

Digitized by Google

machen eines Rechtsstreits voraussetzt; von einem Prozeß aber zwischen dem Gläubiger und Besitzer oder auch nur von einem außergerichtlich ventilirten Streite zwischen ihnen gar nicht die Rede ist?

Es scheint, daß habgierige Fiscalbeamte den Begriff der Litigiosität, welchen das Gesetz nicht authentisch bestimmt hatte, über welchen unter den Juristen Streit herrschte [18]) und den keineswegs alle auf eine im Proceß befangene Sache beschränkten, übermäßig ausdehnten, um die gesetzliche Strafe einzuziehen. Man glaubte hie und da Litigiosität schon annehmen zu dürfen, wenn ein Nichtbesitzer als Eigenthümer verkaufte, während ein Andrer als Eigenthümer besaß; es existirt hier in der That Widerstreit der Partheien über das Eigenthum, wenn auch kein Prozeß. Alexander deutet an, daß der Verkauf durch den nichtbesitzenden Gläubiger nicht einmal einem solchen Scheingrund eine Handhabe gebe, es fehlt hier selbst an einem thatsächlichen Widerstreit der Rechtsstellungen. Der Verpfänder besitzt nicht im Widerspruch mit dem Rechte des Gläubigers, sondern in Folge eines Zugeständnisses desselben. Dies drückt er aus, er besitze von ihm precario. Dabei ist aber der Ausdruck im allerweitesten gewiß nicht im technischen Sinn genommen. Schlüsse über das besondere Verhältniß hinaus sind aus dem Ausdruck nicht zu ziehen [18*]).

Noch auffallender könnte man finden, daß der Dieb, welcher eine noch beim Schuldner befindliche, speciell verhypothecirte Sache contrectirt, hiermit ein furtum possessionis gegenüber dem Hypothekar begeht. Hierin scheint ausgesprochen, daß der Hypothekar als Besitzer gilt [19]). Es erklärt sich dies einfach daraus, daß zum Thatbestand des furtum nach dem Begriff der Römer Wegnahme aus dem Besitz des Bestohlnen gar nicht gehört. Der Hypothekar hat ein Recht auf den Besitz, er wird in dessen künftiger Realisirung durch die Contrectation gefährdet. Um deßwillen kann er auch als Nichtbesitzer die actio furti anstellen.

Will man einen positiven Beweis, daß der Hypothekar vor der Apprehension nicht als Besitzer galt, so kann man ihn im interdictum

---

18) l. 1 pr. D. de litigiosis 44, 6. l. 1. C. de litigiosis 8, 37. cfr. fragm. de jure fisci § 8.

18*) Uneigentlich kommt der Ausdruck auch vor in l. 3 C. de pactis conventis 4, 54. cfr. auch l. 2 C de praescr. XXX. ann. 7, 39. l. 34 C de locato 4, 65 wo mit dem Ausdruck das Verhältniß des Miethers bezeichnet wird. Vgl. auch Bachofen Pfandrecht S. 150.

19) l. 19 § 6 D. de furtis. 47, 2. l. 1. D. de distr. pign. 20, 5.

Digitized by Google

Salvianum finden, welches ja adipiscendae possessionis ist, also einen Besitz verschaffen soll, der früher noch nicht bestand. —

Es konnte vorkommen, daß weder der Pfandgläubiger dem Verpfänder den körperlichen Besitz belassen wollte, noch der Verpfänder denselben dem Pfandgläubiger sofort anzuvertrauen wagte. Hier war Deposition bei einem Dritten natürliches Auskunftsmittel. Die Noth der Zeiten hatte sogar im römischen Reich für solche Zwecke eigne industrielle Unternehmungen geschaffen, welche in solcher Art bei uns nicht vorkommen. Es gab zur Aufbewahrung von Kostbarkeiten besondere Magazine (horrea), die theils von Behörden, theils von Privaten errichtet waren. Dorthin flüchteten die Bewohner der Villen und offnen Plätze aber auch die Einwohner der Städte und Roms selbst, wenn das Banditenwesen zu sehr überhand nahm oder Kriegsgefahr drohte, ihre Werthsachen. Dort pflegte man auch Pfänder zu deponiren [20]). Es liegt hierin eine Sequestration. Als juristischer Besitzer in der Zwischenzeit ist aber im Zweifel immer noch der Verpfänder anzusehen, für den der Sequester als Stellvertreter die factische Herrschaft übt. —

3) Der Verpfänder hört auf Besitzer zu sein, so wie er dem Pfandgläubiger die körperliche Herrschaft über das Pfand überläßt. Ihm selbst fehlt von jetzt an die factische Herrschaft, die natürliche Basis des Besitzes und dem Pfandgläubiger liegt die Absicht fern, ihm den Besitz als Stellvertreter, ähnlich wie der Miether, der Depositar, zu erhalten. Daher kann der Verpfänder nicht mehr possessorisch klagen, wenn etwa der Pfandgläubiger durch einen Dritten aus dem Besitz verdrängt wird und selbst keine Schritte für die Wiedererlangung thut. Als etwas Auffallendes als eine Lücke können wir dies nicht betrachten, sondern nur als einfache Consequenz des Verhältnisses [21]). Daher müssen wir auch als unwahrscheinlich und unglaublich ansehen, daß der Faustpfandgläubiger und der Verpfänder je von römischen Juristen als possessores in solidum angesehen wurden [22]).

Dennoch wird der Verpfänder hinsichtlich der Ersitzung so behandelt, als wenn er den Besitz noch fortwährend exercirte.

---

20) l. 9 C. de pignerat. act. 4, 32. Vgl. l. 3 § 2 D. de off. praef. vigil. 1, 15. l. 20 § 8 D. de instr. leg. 33, 7. l. 32 § 4 D. de auro et argent. 34, 2. Lampridius: Alexander Severus cap. 39: horrea in omnibus regionibus publica fecit, ad quae conferrent bona ii, qui privatas custodias non haberent.

21) Dies geschieht von Savigny Besitz S. 143 Anm. 1.

22) So Keller Pandektenvorlesung S. 221.

Digitized by Google

Die römischen Juristen drücken dies bald aus: qui pignori dedit, ad usucapionem possidet (l. 16 D. de usurp. 41, 3) quantum ad usucapionem attinet similis est ei, qui quid deposuit vel commodavit (l. 33 § 4 D. eod. Julianus), bald stellen sie die Sache als Fiction dar: qui pignoris causa fundum creditori tradit intelligitur possidere (l. 36 D. de poss. 41, 2 Julianus); ad unam enim tantum causam videri eum a debitore possideri — ad usucapionem (l. 1 § 15 D. eod. Paulus).

Es ist leicht einzusehen, wie man praktisch auf unsern Satz kam; der Pfandgläubiger ist ebenso wie der Verpfänder dabei interessirt, daß dieser seine Usucapion fortsetze und vollende. In dieser Hinsicht bilden beide Personen gegenüber dem Eigenthümer eine Parthei; man konnte diesem gegenüber behaupten, daß das Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner gewissermaßen ein internes sei, auf welches Dritte keine Rechte gründen konnten. Immerhin ist es auffallend, daß der Besitz, der seiner Natur nach ein Einheitliches ist, hier als etwas Theilbares erscheinen soll, von dem gewissermaßen ein Bruchstück in der Hand des Verpfänders verbleibe; der größere Theil auf den Pfandgläubiger übergehe. —

Folgendes möchte die richtige Auffassung sein. Der Verpfänder usucapirt nicht als Besitzer, von jeder realen und unmittelbaren Einwirkung auf das Pfandobject ist er ausgeschlossen[23]). Er ersitzt vielmehr trotzdem, daß er Nichtbesitzer ist, wie dies auch in einigen andern Ausnahmsfällen geschieht[24]).

Ursprünglich war durch die zwölf Tafeln die Ersitzung nicht an den Besitz geknüpft, dieser seine juristische Begriff war der ältesten Zeit noch fremd, vielmehr war die Basis der Ersitzung der usus und diesen konnte man, da er mehr ein ökonomischer als juristischer Begriff ist, wohl beim Verpfänder als fortdauernd ansehen. Die Sache dient ja noch immer seinen Zwecken, indem sie seinen Credit stützt und sichert. — Als man später den Besitz als Vorbedingung der Usucapion betrachtete, mußte die Ersitzung des Verpfänders mehr in der Kategorie der Ausnahme treten, aber da sie durch das Bedürfniß des Lebens wohl motivirt und durch alte Tradition gestützt war, ließ man sie unbedenklich auch ferner zu.

---

23) Julian l. 36 D. de acq. poss. 41, 2 omnino non possidet.
24) cfr. Lenz Besitz S. 111 cfr. S. 108.

Digitized by Google

Ein verwandter juristischer Gesichtspunkt tritt unserer Ansicht nach ein, wenn Jemand ein Baumaterial z. B. eine Säule getrennt besaß und es dann mit seinem Gebäude verband. Bekanntlich herrscht über den Besitz und die Frage der Ersitzung an einzelnen Bestandtheilen einer zusammengesetzten Sache vielfacher Streit[25]). Aber nichts scheint gewisser als der Satz, wer eine zusammengesetzte Sache besitzt, besitzt nur die ganze Sache und einen einzelnen Theil nur in und mit dem Ganzen, nicht als etwas Besonderes. Und dies muß auch namentlich dann gelten, wenn Jemand, der schon im Besitz einer einzelnen Sache war, dieselbe mit einer andern ebenfalls von ihm besessenen Sache so verbindet, daß sie deren Bestandtheil wird. Eine Fortdauer des frühern Besitzverhältnisses ist nicht mehr denkbar, weil eben das Object nun eines jeden selbstständigen Besitzes unfähig wird. Wenn nun gleichwohl entschieden wird, daß die an jenem Baumaterial begonnene Ersitzung trotz der erfolgten Verbindung sich vollendet[26]), so liegt gleichfalls der Fall vor, in welchem nach dem Untergang des formellen bisherigen Zustandes die Ersitzung einer Sache fortdauert, und zwar aus dem Grund, weil sie noch immer dem frühern Besitzer dient und sich in dessen Vermögenssphäre befindet[27]).

Auch mag verglichen werden, daß mit dem Tode des Erblassers dessen Besitz erlischt, die Ersitzung desselben aber sich vollendet, wenn sich nicht ein Dritter vorher der Erbschaftssache bemächtigt[25]). —

Da abgesehen von der Ersitzung der Pfandgläubiger, nicht der Verpfänder Besitzer ist, so ist nur der erste richtiger Beklagter, wenn mit der Vindication oder einer Exhibitionsklage die Herausgabe einer Sache gefordert werden soll, die sich in den Händen des Pfandgläubigers befindet[29]). Wie aber, wenn dieser den Prozeß über die fremde Sache nicht führen will? Genau genommen sind die Bestimmungen über nominatio auctoris nicht anwendbar; sie beziehen sich nur auf Fälle, in welchen der zunächst Beklagte in fremdem Namen besitzt, und in denen der Benannte schon an und für sich richtiger Beklagter wäre[30]). Den-

25) Vgl. Vangerow §. 204 Anm. 2.

26) l. 30 § 1 D. de usurpat. 41, 3.

27) So auch Lenz Besitz S. 147 flgnde.

28) l. 23 pr. D. de a. vel o. p. 41, 2 l. 31 §. 5 D. de usurp. 41, 3.

29) l. 16 D. de usurpat. et usuc. 41, 3. Servi nomine, qui pignore datus est, cum creditore, non cum debitore agendum est.

30) cfr. Wetzel Civilprozeß S. 33. Briegleb summarischer Prozeß S. 278. l. 2 C. ubi in rem actio 3, 39.

Digitized by Google

noch werden wir dem Pfandgläubiger nach Analogie dieser Bestimmungen gestatten, den Verpfänder ins Spiel zu bringen. Er kann eine Frist fordern, innerhalb deren dem Verpfänder freigestellt wird, die Defension zu übernehmen und wenn dieser sich weigert, kann er ohne Gefährde und Verantwortlichkeit dem Gegner den Besitz überlassen, wobei dem Verpfänder immerhin die Möglichkeit der Vindication von seiner Seite offen bleibt.

Beachtenswerth ist noch, wenn gleich specifisch römisch, inwieweit der Verpfänder durch die Geschäfte eines verpfändeten dem Gläubiger übergebenen Sklaven erwerben konnte.

Der Verpfänder erwarb nach wie vor durch alle Erwerbsacte die nicht durch Erlangung des juristischen Besitzes bedingt waren, insbesondere durch Mancipationen und Stipulationen. Besitz dagegen und Rechte, die durch die Aneignung des Besitzes bedingt sind, vermochte er durch denselben nicht zu erlangen [31]). Denn der Hausherr konnte nur durch solche Gewaltuntergebene Besitz erwerben, die selbst in seinem Besitz standen [32]).

Man möchte glauben, daß nun umgekehrt der Pfandgläubiger, welcher den Sklaven im juristischen Besitz hatte, durch denselben den Besitz erwarb, den der Verpfänder nicht mehr durch ihn erlangen konnte. Aber dies ist nicht der Fall [33]). Erwerb durch den Sklaven war nur dem Herrn desselben möglich, der Pfandgläubiger ist zwar Besitzer des Sklaven, aber nicht Herr desselben.

4) Nicht wenige Schriftsteller sind der Ansicht, der juristische Besitz des Pfandgläubigers erlösche unmittelbar mit dem Moment der Auflösung der Schuld oder anderweiter Tilgung des Pfandrechts [34]), wenn also der Pfandgläubiger noch *nachher* in der factischen Herrschaft bleibe, so sei er doch nicht mehr als juristischer Besitzer anzusehen, son-

---

31) l. 1 § 15 D. de acq. poss. 41, 2. Per servum corporaliter pignori datum non adquirere nos possessionem Julianus ait. cfr. l. 1 § 6 cit.

32) Daher waren auch manche Juristen der Ansicht, durch einen servus fugitivus könne man keinen Besitz erwerben l. 1 § 14 D. cit. bis sich feststellte, der fugitivus werde noch besessen. Paul. II. 31. 37. vgl. auch die Controverse bei Gaj. II. 90.

33) l. 37 D. de a. r. d. Julianus. Per servum qui pignori datus est creditori nec possessio adquiritur, quia nec stipulatione nec mandatione (ursprünglich wohl mancipatione) nec ullo alio modo per eum servum quidquam ei adquiritur, quamvis possessio apud eum sit. l. 1 § 15 D. de a. v. o. p. cit.

34) Rudorff Zeitschrift für geschichtliche Rechtsw. Bd. 13 S. 205. Bachofen Pfandrecht S. 25.

Digitized by Google

dern als bloßer Detentor, der nun alieno nomine für den Verpfänder besitze, eines eignen Besitzesrechtes und Besitzesschutzes aber entbehre.

Man hat diese Idee weiterführend [35]) geradezu angenommen, der Besitz des Faustpfandgläubigers sei an die stillschweigende Resolutivbedingung der Nichtzahlung gebunden; sei die Zahlung erfolgt, so gelte der Besitz des Gläubigers rückwärts hin zusammenfallend, als in der Zwischenzeit für den Verpfänder geübt.

Diese Ansichten können wir nicht theilen. Allerdings ist eine bedingte Ueberlassung des Besitzes an und für sich möglich [36]). Wenn auch die Thatsache der Herrschaft eine unbedingte Realität sein muß, so ist doch der Wille, der hinzukommen muß, ein psychologischer Act, der seiner Natur nach Bedingungen jeder Art zuläßt. Immerhin ist ein solcher bedingter Wille zu besitzen, etwas Künstliches, erst von der spätern Jurisprudenz Angenommenes, nicht zu Vermuthendes. Der Besitz des Gläubigers ist daher in der Regel als unbedingt übertragen anzusehen und wird keinenfalls als resolutiv bedingt hinterher zusammenfallen.

Nach der Tilgung der Pfandschuld aber wird über die Fortdauer des Besitzes die Absicht und Meinung des Pfandgläubigers, die Stellung die er zur Sache weiter einnimmt, entscheiden. Kennt er die Lösung des Pfandverhältnisses noch nicht, besitzt er die Pfandsache noch immer als verpfändet, so wird er nach wie vor als juristischer Besitzer anzusehen sein, da er den Willen noch hat für sich zu besitzen. Ja selbst dann wird es sich nicht anders verhalten, wenn er böswillig die geschehene Tilgung ignorirend, immer noch die Sache als verpfändete fortbesitzen will. So hat ja selbst der Dieb den juristischen Besitz. Kennt aber der redliche Pfandgläubiger die Auflösung des Pfandverhältnisses und verbleibt er nur deswegen in der factischen Herrschaft, weil sich unmittelbarer Restitution Hindernisse in den Weg stellen, etwa weil der Verpfänder abwesend ist, so wird man annehmen dürfen, daß er nun nicht mehr die Absicht habe für sich, sondern für den Verpfänder den Besitz zu exerciren.

Daß der Besitz des Gläubigers nicht mit Nothwendigkeit mit dem Moment erlischt, in dem sich objectiv das Pfandverhältniß löst,

35) Lenz Besitz S. 108.
36) l. 38 § 1 D. de a vel o. p. 41, 2.

Digitized by Google

noch werden wir dem Pfandgläubiger nach Analogie dieser Bestimmungen gestatten, den Verpfänder ins Spiel zu bringen. Er kann eine Frist fordern, innerhalb deren dem Verpfänder freigestellt wird, die Defension zu übernehmen und wenn dieser sich weigert, kann er ohne Gefährde und Verantwortlichkeit dem Gegner den Besitz überlassen, wobei dem Verpfänder immerhin die Möglichkeit der Vindication von seiner Seite offen bleibt.

Beachtenswerth ist noch, wenn gleich specifisch römisch, inwieweit der Verpfänder durch die Geschäfte eines verpfändeten dem Gläubiger übergebenen Sklaven erwerben konnte.

Der Verpfänder erwarb nach wie vor durch alle Erwerbsacte die nicht durch Erlangung des juristischen Besitzes bedingt waren, insbesondere durch Mancipationen und Stipulationen. Besitz dagegen und Rechte, die durch die Aneignung des Besitzes bedingt sind, vermochte er durch denselben nicht zu erlangen [31]). Denn der Hausherr konnte nur durch solche Gewaltuntergebene Besitz erwerben, die selbst in seinem Besitz standen [32]).

Man möchte glauben, daß nun umgekehrt der Pfandgläubiger, welcher den Sklaven im juristischen Besitz hatte, durch denselben den Besitz erwarb, den der Verpfänder nicht mehr durch ihn erlangen konnte. Aber dies ist nicht der Fall [33]). Erwerb durch den Sklaven war nur dem Herrn desselben möglich, der Pfandgläubiger ist zwar Besitzer des Sklaven, aber nicht Herr desselben.

4) Nicht wenige Schriftsteller sind der Ansicht, der juristische Besitz des Pfandgläubigers erlösche unmittelbar mit dem Moment der Auflösung der Schuld oder anderweiter Tilgung des Pfandrechts [34]), wenn also der Pfandgläubiger noch nachher in der factischen Herrschaft bleibe, so sei er doch nicht mehr als juristischer Besitzer anzusehen, son-

---

31) l. 1 § 15 D. de acq. poss. 41, 2. Per servum corporaliter pignori datum non adquirere nos possessionem Julianus ait. cfr. l. 1 § 6 cit.

32) Daher waren auch manche Juristen der Ansicht, durch einen servus fugitivus könne man keinen Besitz erwerben l. 1 § 14 D. cit. bis sich feststellte, der fugitivus werde noch besessen. Paul. II. 31. 37. vgl. auch die Controverse bei Gaj. II. 90.

33) l. 37 D. de a. r. d. Julianus. Per servum qui pignori datus est creditori nec possessio adquiritur, quia nec stipulatione nec mandatione (ursprünglich wohl mancipatione) nec ullo alio modo per eum servum quidquam ei adquiritur, quamvis possessio apud eum sit. l. 1 § 15 D. de a. v. o. p. cit.

34) Rudorff Zeitschrift für geschichtliche Rechtsw. Bd. 13 S. 205. Bachofen Pfandrecht S. 25.

Digitized by Google

dern als bloßer Detentor, der nun alieno nomine für den Verpfänder besitze, eines eignen Besitzesrechtes und Besitzesschutzes aber entbehre.

Man hat diese Idee weiterführend [35]) geradezu angenommen, der Besitz des Faustpfandgläubigers sei an die stillschweigende Resolutivbedingung der Nichtzahlung gebunden; sei die Zahlung erfolgt, so gelte der Besitz des Gläubigers rückwärts hin zusammenfallend, als in der Zwischenzeit für den Verpfänder geübt.

Diese Ansichten können wir nicht theilen. Allerdings ist eine bedingte Ueberlassung des Besitzes an und für sich möglich [36]). Wenn auch die Thatsache der Herrschaft eine unbedingte Realität sein muß, so ist doch der Wille, der hinzukommen muß, ein psychologischer Act, der seiner Natur nach Bedingungen jeder Art zuläßt. Immerhin ist ein solcher bedingter Wille zu besitzen, etwas Künstliches, erst von der spätern Jurisprudenz Angenommenes, nicht zu Vermuthendes. Der Besitz des Gläubigers ist daher in der Regel als unbedingt übertragen anzusehen und wird keinenfalls als resolutiv bedingt hinterher zusammenfallen.

Nach der Tilgung der Pfandschuld aber wird über die Fortdauer des Besitzes die Absicht und Meinung des Pfandgläubigers, die Stellung die er zur Sache weiter einnimmt, entscheiden. Kennt er die Lösung des Pfandverhältnisses noch nicht, besitzt er die Pfandsache noch immer als verpfändet, so wird er nach wie vor als juristischer Besitzer anzusehen sein, da er den Willen noch hat für sich zu besitzen. Ja selbst dann wird es sich nicht anders verhalten, wenn er böswillig die geschehene Tilgung ignorirend, immer noch die Sache als verpfändete fortbesitzen will. So hat ja selbst der Dieb den juristischen Besitz. Kennt aber der redliche Pfandgläubiger die Auflösung des Pfandverhältnisses und verbleibt er nur deswegen in der factischen Herrschaft, weil sich unmittelbarer Restitution Hindernisse in den Weg stellen, etwa weil der Verpfänder abwesend ist, so wird man annehmen dürfen, daß er nun nicht mehr die Absicht habe für sich, sondern für den Verpfänder den Besitz zu exerciren.

Daß der Besitz des Gläubigers nicht mit Nothwendigkeit mit dem Moment erlischt, in dem sich objectiv das Pfandverhältniß löst,

---

35) Lenz Besitz S. 108.

36) l. 38 § 1 D. de a vel o. p. 41, 2.

Digitized by Google

zeigt l. 14 § 3 D. de div. temp. praescr. 43, 3. Der Jurist erörtert bei Besprechung des interdictum utrubi, inwieweit sich der Afterpfandgläubiger, im Streit um den Besitz, den Besitz des Verpfänders anrechnen kann. Er gesteht ihm diese Anrechnung zu, falls der Verpfänder die Schuld dem ersten Gläubiger noch nicht abgezahlt hat; dagegen entscheidet er für den entgegengesetzten Fall „si pecuniam mihi solveris hoc casu accessione tua non utetur"; da das Pfandrecht des ersten Gläubigers hiermit erloschen ist, so erlischt jetzt an und für sich auch das Recht des Afterpfandgläubigers; gleichwohl geht der Jurist davon aus, daß der Letztere auch jetzt noch Besitzer ist, und nur das Recht der Zurechnung des Besitzes des Verpfänders spricht er ihm ab [37].

§ 87. Fortsetzung. Charakteristik des Besitzes des Pfandgläubigers.

Der Besitz des Pfandgläubigers hat den römischen Juristen niemals Anstoß oder Bedenken erregt. Die Neuern aber, denen die Aufgabe gestellt war, die römische Besitzlehre in ein System zusammenzufügen und die in ihr waltenden Grundgedanken zu erkennen, konnten sich bei der nackten Thatsache, daß der Pfandgläubiger Besitz habe, nicht beruhigen. Warum hat der Gläubiger den juristischen Besitz der Sache und der Usufructuar nur eine quasi possessio? ist der Besitz des Pfandgläubigers ein normaler und regelrechter, oder liegt in demselben etwas Künstliches, eine Ausnahme, die um besonderer Utilitätsgründe willen eingeführt ist? Solche Fragen mußten sich nothwendig aufdrängen [1].

Die jetzt herrschende Besitzestheorie sieht in dem Besitz des Pfandgläubigers etwas Anomales. Sie geht aus von dem Parallelismus von Besitz und Eigenthum. Wie das Eigenthum die rechtliche Macht giebt, die Sache beliebig und nach jeder Rücksicht hin zu beherrschen, so faßt man den Besitz als die factische Macht dessen, der sich in dem entsprechenden thatsächlichen Verhältniß zur Sache befindet und die Ab-

37) cfr. auch l. 40 § 2 D. de p. a. 13. 7. l. 11 C. de pign. act. 4. 24.

1) Savigny Besitz S. 112 flgnde. Puchta § 125. Bruns Besitz § 2. Bangerow § 200 Anm. 1. Arndts § 135 Anm. 2. Brinz Pand. S. 34—60. Ganz anders bei den römischen Juristen; nirgends eine Spur, daß der Besitz des Pfandgläubigers jure singulari oder utilitatis causa receptum sei. cfr. Warnkönig Archiv f. c. Pr. Bd. 13 S. 170.

Digitized by Google

ſicht hat, dieſelbe wie ein Eigenthümer zu behandeln. Man fordert daher den animus domini, das heißt nicht den Glauben Eigenthümer zu ſein — auch der Dieb iſt unbeſtrittnermaßen Beſitzer — wohl aber die Abſicht ſich wie ein Eigenthümer zu geriren, einen Beſſerberechtigten über ſich nicht anzuerkennen. Da nun der Pfandgläubiger nicht die Abſicht hat ſich wie ein Eigenthümer zu betragen, da er die Pfandſache nur interimiſtiſch zurückhalten will, um ſpäter im Fall des Bedürfniſſes ſeine Forderung aus derſelben zu befriedigen, ſo folgert man natürlich aus jenen Prämiſſen, daß im ſtrengen Verſtand der Begriff des Beſitzes beim Pfandgläubiger nicht zur Anwendung kommen könne. Wenn ihm doch Beſitz zugeſchrieben wird, ſo erklärt man dies als etwas Unregelmäßiges und Künſtliches.

Der Verpfänder übertrage, behauptet man, hier ſeinen Beſitz auf den Gläubiger, dieſer habe demnach abgeleiteten oder wie man neuerdings die Sache genannt hat, anvertrauten Beſitz. Dieſe künſtliche Schöpfung ſoll ſich aus praktiſchen Gründen erklären [2]). Das Pfandrecht beruht auf einem Mißtrauen gegen den Verpfänder, hierzu würde es nicht paſſen, wenn man dieſem die Interdicte erhalten würde; es ſei nothwendig geweſen, dieſelben dem Pfandgläubiger in die Hände zu ſpielen. Das gleiche Verhältniß des abgeleiteten Beſitzes nimmt man bekanntlich auch in einigen andern Fällen, bei der Emphyteuſe, regelmäßig bei dem Precarium, unter Umſtänden bei dem Sequeſter an.

Doch dieſe Theorie iſt mit dem Grundcharakter des Beſitzes ſchwerlich vereinbar [3]). Der Beſitz iſt ja nicht ein Recht, welches fix und fertig aus der einen Hand in die andere übergehen kann, der Beſitz iſt ein Zuſtand, das beſtimmte Verhältniß, in welches ſich eine Perſon zu einer Sache ſetzt, etwas alſo, was ſich der Einzelne erſchaffen muß, nicht aber etwas, was übertragen werden kann. Der bisherige Beſitzer kann einem Andern durch Aufgabe ſeines Beſitzes Raum laſſen, damit dieſer Beſitz ergreife, inſofern läßt ſich figürlich von einer Uebergabe des Beſitzes reden, aber der Beſitz des

---

2) Savigny Beſitz S. 138.

3) Anders hilft ſich Windſcheid Pand. I. § 149 Anm. 8. Er nimmt an, daß in den Fällen des ſ. g. abgeleiteten Beſitzes kraft poſitiver Rechtsbeſtimmung ein Beſitzesvortheil gewährt werde, ohne ein dazu der Regel nach nothwendiges Erforderniß. Dieſer Ausweg, welcher auf eine innere Erklärung verzichtet, iſt jedenfalls erſt der letzte, den wir einſchlagen können.

Digitized by Google

Autors kann nicht dem Succeſſor Beſitz geben, falls in deſſen Perſon die factiſchen und pſychologiſchen Vorgänge fehlen, welche den Beſitz conſtituiren [4]). An dieſer aus der Natur des Beſitzes geſchöpften Betrachtung muß die herrſchende Theorie ſcheitern, wie ſcharfſinnig ſie ausgedacht ſein mag. Ihr Fehler liegt in ihrer Prämiſſe. Die Begriffsbeſtimmungen des Theophilus, auf die man ſich hiergegen beruft, ſind populariſirend für Anfänger vorgetragen und nichts weniger als muſtergültig und ſcharf. Dieſe Theorie nimmt als erwieſen an, was keineswegs feſtſteht, daß der Beſitzeswille identiſch ſei mit dem Willen ſich als Eigenthümer zu betragen, der animus sibi possidendi gleichſtehe dem animus domini.

Die römiſchen Juriſten aber bezeichnen den Beſitzeswillen ſelbſt niemals als animus domini; ſie ſprechen vielmehr nur von animus possidendi oder possessionis oder possidentis, propositum oder affectus possidendi, affectio tenendi und in ähnlichen Wendungen [5]).

In der That ſcheint uns die Modalität der Benutzung und Behandlung der Sache ein für den Beſitzbegriff völlig irrelevantes Moment. Der Beſitz ſtellt ſich nach ſeiner körperlichen Seite als ausſchließliches Haben einer Sache dar, ob hiermit ein Gebrauch der Sache Hand in Hand geht und welcher iſt gleichgültig. Dem entſprechend wird ſich der Beſitzwille beſtimmen als Abſicht eine Sache ausſchließlich für ſich zu haben und inſoweit die Intention des Beſitzers über das blos Momentane hinausgehen muß und ſich auf die Zukunft richtet, als Abſicht dieſelbe zu behalten [6]).

Bei der Feſtſtellung dieſer Abſicht ſtellten aber bekanntlich die Römer nicht Alles auf die Erforſchung der ſubjectiven und individuellen Gemüthsſtimmung des concreten Subjects im einzelnen Falle. Sie betrachteten ſeine geſammte Stellung zur Sache, das Verhältniß, in dem er ſich zu derſelben geſetzt hatte, in ſeiner Totalität und zogen

---

4) Dieſes Bedenken wird nachhaltig nicht durch Tadel (Savigny Beſitz S. 151 u. A.) ſondern nur durch Widerlegung überwunden werden.

5) Lenz Beſitz S. 100. In der l. 21 C. de furtis 6, 2 heißt bonae fidei possessor domini cogitatione possidet, er hält ſich für den Eigenthümer, nicht aber: er iſt Beſitzer.

6) Aehnliche Anſichten vertheidigen unter Anderen Kierulff Civilrecht S. 353 ff. Böcking Pand. Bd. I. § 123 not. 7 S. 450. Lenz Beſitz S. 100 ff. Dagegen Arndts Lindes Zeitſchrift n F. Bd. III. S. 371 Anm. 10. Bruns Beſitz S. 467 ff.

Digitized by Google

hieraus ihre Schlüsse. Hatte er sich in die factische Herrschaft — mit Recht oder Unrecht — gesetzt, um dieselbe wie ein Eigenthümer zu behandeln, so war der juristische Besitz unzweifelhaft. Aber auch, wer als Pfandgläubiger die Sache innehatte, mußte dem Begriff nach, als juristischer Besitzer angesehen werden. Er gerirt sich als besser berechtigt als der Eigenthümer; er hat die Absicht, die Pfandsache in seinen Händen ausschließlich für sich zu haben und zu behalten und jede Einwirkung eines Dritten — sei dies der Sacheigenthümer oder ein Anderer — abzuwehren. Allerdings will der Pfandgläubiger nicht für immer die Sache behalten, sondern nur bis zur Tilgung der Schuld. Allein das steht dem nicht entgegen, daß er vorerst, bis dieses Ereigniß eintritt für sich eine ausschließliche Herrschaft zu üben gedenkt.

Doch — dies ist die Grundlage der Gegenansicht — auch der Miether, Depositar, Commodatar haben die factische Herrschaft mit der Absicht zunächst sie für sich zu behalten. Dennoch wird diesen Personen der juristische Besitz abgesprochen [7]. — Nach römischer Anschauung ist zu leugnen, daß sie die Absicht haben für sich und ausschließlich zu haben. Als ihre Intention gilt — dies lasen die Römer aus dem Verhältniß heraus — dem Vermiether den Besitz offen zu halten; dieser hat nach römischer Besitztheorie die Möglichkeit, in jedem Augenblick die factische Herrschaft wieder zu ergreifen, selbst den Miether zu vertreiben [8]. Widersetzt sich dieser, so tastet er fremden Besitz an. In dieser Auffassung des Miethverhältnisses liegt etwas Künstliches, was sich durch die historischen und socialen Verhältnisse in Rom erklärt.

Andere Gründe walteten beim Ususfruct. Der Wille des Ususfructuars ist keineswegs auf ein ausschließliches Haben der usufruirten Sache gerichtet, vielmehr nur auf ein Haben in begrenzter Weise zum Zweck der Ausübung des Ususfructs, die wohl verträglich blieb mit dem Besitz und Haben des Eigenthümers [9]. Deßhalb schrieb ihm die entwickelte Jurisprudenz nur eine possessio juris, eine quasi possessio zu. —

Diese aus der Natur des Besitzes geschöpften Betrachtungen werden durch Einzelentscheidungen gestützt, aus welchen hervorgeht, daß den Römern die Idee völlig fern lag, der Pfandgläubiger habe den Besitz

---

7) l. 6 §. 2 D. de precario 43, 26 l. 25 § 1 D. de a. v. o. p. 41, 2.

8) l. 12. l. 18 D. de vi 43, 16.

9) l. 52 § 1 D. h. t. 41, 2 non impediri possessionem, si alius fruatur.

Digitized by Google

des Verpfänders und nicht vielmehr einen Besitz um seines eignen Verhältnisses zur Sache willen.

Nach der Ansicht der Gegner wäre der Besitz des Pfandgläubigers nicht ein neuer selbstständiger, sondern nur der ihm überlassene Besitz des Verpfänders also nichts Anderes als dessen Fortsetzung. Wenn daher der Pfandgläubiger in den Besitzesstreit mit dem interdictum utrubi einen längerdauernden Besitz als der Gegner zu haben prätendirte, so würde nach dieser Theorie gefragt werden müssen, wie lange hat des Verpfänders Besitz gewährt, sei es in eigner oder des Gläubigers Hand. Die römischen Juristen aber fassen das Verhältniß keineswegs in dieser Weise auf. Der Pfandgläubiger stützt sich auf den eignen Besitz, und darf nur unter Umständen, wie ein Käufer und andere Successoren, den Besitz seines Autors hinzufügen.

> l. 14 § 3 D. de divers. temp. praescr. . . Et si mihi pignori dederis et ego eandem rem alii pignoravi, meus creditor utetur accessione tui temporis . . .

Dies ist auch der Gedanke von Javolenus in folgender Stelle:

> l. 16 D. de usurp. 41, 3. . . . qui accepit (pignus) possidet, adeo ut addici possit et possessio ejus qui pignori dedit.

Offenbar wird der Besitz des Pfandgläubigers gerade hier als ein selbstständiger und durchaus unabhängiger bezeichnet, weil der Pfandgläubiger selbst besitzt, sagt Javolenus, deßwegen kann ihm auch der Besitz seines Autors zugezählt werden [10]).“

Auf den eignen animus des Pfandgläubigers, nicht auf die Uebertragung vom Verpfänder führt auch Paulus in folgender wichtigen Entscheidung den Besitz des Pfandgläubigers zurück.

> l. 37 D. de pign. a. 13, 7 Paulus lib. 5 ad Plautium. Si pignus mihi traditum locassem domino, per locationem retineo possessionem, quia antequam conduceret debitor non fuerit ejus possessio, cum et animus mihi retinendi sit et conducenti non sit animus possessionem adipiscendi.

Dagegen kann nicht in Betracht kommen, wenn an andern Orten

10) Umgekehrt nimmt allerdings Bangerow l. c. § 200 an: gerade in der l. 16 cit. werde deutlich mit den Worten ut et addici possit ein abgeleiteter Besitz anerkannt.

Digitized by Google

gesagt wird pignus . . . transfert possessionem ad creditorem [11]). Denn damit wird unbefangen ausgesprochen, daß die Pfandübergabe dem Besitz des Creditors Raum giebt, nicht anders wie auch beim Käufer, der gewiß selbstständigen Besitz hat, von einer Besitzestradition geredet wird.

Die bisher geführte Erörterung hat nicht blos theoretische Bedeutung. Es beantwortet sich aus ihr die Frage, ob der Creditor auch dann besitzt, wenn er sich eine Sache verschafft, die der Verpfänder nie selbst besessen hat; ob ferner auch Besitz hat, wer ohne jedes Pfandrecht sich als Pfandgläubiger gerirt und eine Sache auf diesen Titel hin inne hat. Wer annimmt, daß der Besitz des Pfandgläubigers nur ein abgeleiteter ist, nur der Besitz des Verpfänders der ihm anvertraut wurde, wird diese Fragen verneinen müssen [12]). Uns scheint die Bejahung unzweifelhaft und allein dem System der römischen Besitzlehre entsprechend; dies um so gewisser, weil sonst stets die Rechtsfrage in den Besitzesprozeß hereingezogen würde und entscheidend wäre.

§ 88. Genuß und Gebrauch des Pfands.

Für die Frage, ob und inwieweit der Pfandgläubiger der verpfändeten Objecte, die in seiner Hand sich finden, benutzen und gebrauchen kann oder muß, ist die ausgesprochene oder vermuthliche Absicht der Contrahenten maßgebend.

Es giebt Gegenstände, die der Eigenthümer für seinen persönlichen Gebrauch und Genuß bestimmt hat, die ihm nur zu persönlichen Zwecken der Nothdurft oder Erhöhung des Lebensgenusses dienen, einen Geldertrag aber nicht bringen, z. B. Kleider und Bücher eines Privaten, sein Silbergeschirr und sein Schmuck. Werden solche Objecte versetzt, so darf sie der Pfandgläubiger — dem präsumtiven Sinn des Vertrags nach — weder Andern zum Gebrauch vermiethen, noch selbst in persönlichen Gebrauch nehmen [1]). Er begeht sonst ein furtum usus,

11) l. 35 § 1 D. de p. a. 13, 7.

12) Doch scheint sich Savigny — mit sich nicht consequent — gleichfalls für die Bejahung zu entscheiden. S. 126 Anm. 1.

1) § 6 J. de obl. quae ex del. 4, 1. l. 54 D. de furtis 47, 2. Die a pigneratitia reicht heute aus, Sintenis Pfandrecht S. 233.

Digitized by Google

ſelbſt wenn er dem Verpfänder ein Miethgeld anrechnete. Er ſteht, da er die Sache in einer dem Vertrag nicht entſprechenden Weiſe willkührlich verwerthet, ſelbſt wenn dieſelbe zufällig beim Gebrauch durch ihn oder einen Miether untergeht, für dieſen Zufall ein.

Durch freiwillige Conceſſion des Schuldners kann dem Gläubiger aber natürlich auch der Gebrauch ſolcher Objecte verſtattet werden. Einen Fall der Art erwähnt Papinian lib. 7 responsorum.

l. 9 § 2 D. de supellectile legata 33, 10.
Supellectili sua omni legata acceptum argentum pignori non continebitur, quia supellectilem suam legavit: utique si non in usu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit, sed propositum propter contractus fidem ac restituendae rei vinculum.

Dieſe Stelle erregt indeſſen Schwierigkeit. Wenn ein Teſtator ſeine Sachen vermacht, ſo verſteht man darunter natürlich nur die ihm eignen, alſo zwar die von ihm zu Pfand gegebenen, nicht aber die ihm verſetzten Objecte [2]). Papinian hingegen ſcheint dies nicht als richtig zu erachten für verſetztes Silbergeſchirr, das der Gläubiger mit Zuſtimmung des Verpfänders in Gebrauch hatte.

Was iſt der Grund? Soll etwa im Sinn Papinians anzunehmen ſein der Creditor werde, wenn ihm der Gebrauch des verpfändeten Sibergeſchirrs verſtattet iſt, wie bei einem pignus irregulare Eigenthümer deſſelben, ſo daß er dem Debitor nur Silber gleicher Beſchaffenheit [3]) zu reſtituiren habe. Das wäre doch ein ſehr auffallender Satz, um ſo mehr, da bei einem einfachen Commodat ſolcher Geräthſchaften Reſtitution der Species Pflicht iſt. — Oder iſt die Meinung nur, daß der Legatar wie der Erblaſſer den Gebrauch ſo lange hat, bis das Pfand eingelöſt iſt? Dann könnte man doch ſicher nicht ſagen, dieſes Silbergeſchirr ſei mit legirt [4]). Oder iſt die Stelle urſprünglich, wie angeſehene Autoren meinten, auf eine fiducia gemünzt, und etwa mit Noodt zu leſen si non juris creditoris id argentum fuit oder mit

2) l. 73 § 2 D. de legat. III. Eos vero quos quis pignori hypothecaeve dedit sine dubio inter suos legasse videbitur debitor: creditor nequaquam. l. 101 D. eod.

3) So etwa erklärte Salmasius de modo usurar. cap. 14.

4) Glück Pand. Bd. 14 S. 10 Anm. 23.

Digitized by Google

van de Water gar si non fiduciae creditoris . . . Das sind kühne Versuche, die genau betrachtet, der Schwierigkeit nicht einmal abhelfen [5]).

Die Lösung scheint uns weit näher zu liegen. Wenn der Testator sein häusliches Mobiliar (supellectilem suam) vermacht, so ist der Regel nach anzunehmen, daß mit dem Wort „sein" ein juristischer Sinn verbunden sei und dann gehört das verpfändete Silbergeschirr niemals hierher. Es ist aber vielleicht doch nachweisbar, daß der Erblasser mit dem Possessiv nur sagen wollte, ich vermache das ganze Mobiliar, das bei meinem Leben meinen Zwecken diente, meinem Gebrauch gewidmet war und in diesem eine gewisse Einheit fand. Dann wird das ihm verpfändete Geschirr, das er mit dem eignen benutzte, mitzugedacht sein und der Erbe wird dies — wie andere vermachte fremde Sachen anzukaufen und dem Legatar zu prästiren haben [6]). — Papinians Ausspruch läßt sich dieser Ansicht gemäß folgendergestalt summiren. Hat der Testator sein häusliches Mobiliar vermacht, so hat er in der Regel ihm verpfändetes nicht gemeint. Sollte aber der Testator ausnahmsweise mit dem Possessiv schlechthin das in seinem Gebrauch stehende haben bezeichnen wollen, so gehört jedenfalls (utique) nur solches Geräth hierher, das der Possessor mit Bewilligung des Verpfänders in Gebrauch nahm und benutzte, nicht aber anderes in seinem Silberschrank nur aufgestelltes Geschirr [7]).

Wenn wir entschieden haben, der Creditor darf Gegenstände nicht benutzen, die unmittelbar den persönlichen Zwecken des Verpfänders dienten, so gilt dies unbedingt nur für die Zeit vor Fälligwerden der Forderung. Sollte er nicht nachher befugt sein zu vermiethen und das Miethgeld aufzurechnen, da er jetzt auch zu verkaufen berechtigt ist? Uns scheint dies der Natur der Sache entsprechend, falls er nur dem Schuldner vorher eine entsprechende Denunciation hat zugehen lassen.

Ganz andere Grundsätze gelten, wenn dem Pfandgläubiger Objecte

---

5) Cujacius lib. 7. respons. Papin. (tom. IV. pag. 1038). Noodt obs. II. cap. 10. de Water obs. I. cap. 10. Glück Bd. I. S. 238 billigt dies und verwirft es eben so entschieden Bd. 14 S. 9 Anm. 23. Siehe auch dagegen die dort Citirten.

6) cfr. umgekehrt l. 32 § 4 D. de auro argento 34, 2. Außerdem l. 68 D. de legat. III.

7) Viel Anfechtung hat das sehr natürliche propositum erlitten. Einige Codices haben repositum, Cujacius verwandelte es in oppositum, Gothofredus in suppositum, Noodt in depositum.

Digitized by Google

versetzt wurden, die dem Schuldner durch ihren ökonomischen Ertrag zu dienen pflegten. Hier ist der Gläubiger, so lange er im Besitz ist, nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, soweit es von einem ordentlichen Mann in seinen Verhältnissen gefordert werden kann, den Ertrag zu gewinnen [8]). Er macht sich verantwortlich, wenn er die Sache müßig liegen läßt, doch muß er die Cultur nicht selbst besorgen, er darf auch verpachten.

Sogar zu eignen Zwecken kann er eine solche Sache benutzen, etwa das verpfändete Haus bewohnen, vorausgesetzt, daß er den höchsten Preis anrechnet, den er unter den obwaltenden Umständen hätte erzielen können. Dem Gläubiger wird auch der Betrag angerechnet, den er doloser oder nachlässigerweise zu ziehen versäumte. Dabei kommt aber, ehe das Pfandverhältniß gelöst und er in Verzug gesetzt ist, nur in Betracht, was er — der Gläubiger — nicht was etwa der Debitor hätte gewinnen können [9]). Aus der Natur der Sache folgt, obgleich die Quellen sich hierüber nicht aussprechen, daß es dem Creditor stets freisteht, falls ihm der Fruchtbezug zu lästig wird, dem Debitor den Besitz zurückzugeben.

Der Ertrag wird zunächst auf die Zinsen, dann erst aufs Capital abgerechnet. Etwaiger Ueberschuß ist an den Schuldner herauszugeben [10]). Rechnungsstellung kann der Schuldner erst verlangen, wenn er die actio pigneratitia auf Rückgabe des Pfands anstellt. Periodische etwa jährliche Verrechnung kann er nicht fordern.

Die auf die Fruchtbestellung aufgewendeten Kosten — überhaupt gerechtfertigte Impensen — werden vor Allem abgezogen.

Uebrigens lasten auf dem besitzenden Pfandgläubiger die Grundsteuern. Es kann wohl zwischen Creditor und Schuldner ausgemacht werden, daß der letztere sie regelmäßig abführe, aber der Fiscus wird hierdurch in seinen Rechten gegenüber dem Gläubiger nicht beeinträchtigt [11]).

Auch wegen der Erhaltung der Sache im Stand hat der Creditor

---

8) cfr. l. 1 l. 2 l. 3 C. de pign. act. 4, 24. l. 2 C. de partu pignoris 8, 25. l. 1 C. de distr. pign. 8, 28. l. 9. C. de pign. 8, 14. l. 11 C. de usuris 4, 32. l. 5. § 21 D. ut in poss. legat 36, 4.

9) l. 3 C. de pigneratitia actione 4, 24.

10) l. 1 C. de distract. pign. 8, 28. cfr. den besondern Fall in l. 1 § 3 D. de pignoribus 20, 1.

11) l. 42 D. de pactis 2, 14. l. 52 § 2 D. eod.

Digitized by Google

im Besitz zu sorgen [12]). Doch ist er gewiß nicht unbedingt verpflichtet, die Kosten selbst aus seinem Vermögen auszulegen und so für den Schuldner neue Vorlagen zu machen. Seiner Pflicht genügt er schon, wenn er dem Schuldner zeitig von dem Bedürfniß Nachricht giebt und ihn veranlaßt, die nothwendigen Verwendungen zu machen [13]).

Wir haben bis jetzt die Frage ausgesetzt, nach welchem Princip der Pfandgläubiger die Früchte gewinnt; erwirbt er sie, wie ein bonae fidei possessor durch Separation oder erst durch Perception? Für die Gleichstellung mit dem bonae fidei possessor entscheiden sich manche neuere Schriftsteller [14]), wir können sie nicht für begründet erachten. Die ganze Stellung des bonae fidei possessor und des Pfandgläubigers ist eine verschiedene. Der bonae fidei possessor weiß nichts von dem Recht eines Besserberechtigten und erwirbt die Früchte unabhängig von dem Recht des Eigenthümers. Der Pfandgläubiger leitet sein Recht von einer Gestattung des Eigenthümers her und ist eher mit einem Usufructuar in Parallele zu stellen.

Daß der Erwerb der Früchte erst durch Perception nicht durch Separation vor sich geht, deutet an l. 3 C. de pignerat. act. 4, 24 creditor . . . fructus quos percepit vel percipere debuit . . computare necesse habet. In gleichem Maaß die restituirte l. 1 C. eod. *οἱ ἐκ τοῦ ἐνεχύρου ληφθέντες καρποὶ ψηφίζονται εἰς τὸ χρέος* [15]). So wird in dem Vertrag dessen Modestin in der l. 39 D. de p. a. 13, 7 erwähnt, dem Creditor gestattet ut creditor certi temporis fructus caperet.

Gewichtiger als diese Aeußerungen ist uns Folgendes. Der Rechtssatz, daß der bonae fidei possessor einer Sache deren Früchte schon durch die Separation gewinnt, steht in innerem Zusammenhang mit dem zweiten, daß er durch Rechtsgeschäfte des Sklaven — ex re sua und ex operis servi erwirbt [16]). Beide Sätze sind in so engem Verhältniß

---

12) l. 25 D. de p. a. 13, 7. negligere creditorem dolus et culpa, quam praestat, non patitur.

13) Namentlich ist er nicht verpflichtet eigne Sachen zu veräußeu, zinsbares Geld aufzunehmen um jene Kosten zu decken. Negusantius p. VII. m. 2 n. 4.

14) Bachofen Pfandrecht S. 141. Böcking Pand. § 151 not. 17. Dag. Keller Recension in Richters Jahrb. Bd. 22 S. 1001.

15) Ebenso l. 12 C. eod. l. 11 C. de usuris 4, 32.

16) l. 19 l. 23 D. h. t. 41, 1.

Digitized by Google

zu einander, daß wo Erwerb durch den Sklaven verworfen wird, auch die Gewinnung der Früchte durch Separation nicht eintritt.

> l. 40 D. de adq. rer. dom. 41, 1 . . . etenim simul haec fere cedere, ut quo casu fructus praediorum consumptos suos faciat bona fide possessor, eodem per servum ex opera et ex re ipsius adquiratur.

Nun haben wir bereits früher gesehen, daß der Creditor auch, wenn er im Besitz des verpfändeten Sklaven ist, in keiner Weise durch denselben erwirbt [17]); es geht daraus hervor, daß er nicht wie ein bonae fidei possessor rei behandelt wird.

Nicht unbedenklich scheint freilich folgende Stelle:

> l. 22 § 2 D. de pign. a. 13, 7 Ulpianus libro 30 ad edictum.
>
> Si praedo rem pignori dedit, competit ei et de fructibus pigneratitia actio, quamvis ipse fructus suos non faciet: a praedone enim fructus et vindicari exstantes possunt et consumpti condici: proderit igitur ei, quod creditor bona fide possessor fuit [18]).

Wird hier nicht der Gläubiger im Schlußsatz als bona fide possessor aufgefaßt? Ulpian geht davon aus, daß der Gläubiger entweder bona fide — d. h. nichtwissend, daß ein Anderer als der Verpfänder Eigenthümer sei — die Sache bewirthschaften oder daß er auch mala fide sein kann. Aber der Gedanke ist nirgends angedeutet, daß der Gläubiger im ersten Fall die Rechtsstellung eines bonae fidei possessor rei Bezug auf die Gewinnung der Früchte durch Separation habe.

Schwierig ist aber die Frage, warum es für den bösgläubigen Verpfänder vortheilhafter sein soll, wenn der Gläubiger, dem die Fruchtsache versetzt wurde, bona als wenn er mala fide war. Es ist klar, daß der Verpfänder in beiden Fällen den Fruchtertrag den ihm der

---

17) l. 37 D. de a. r. d. 41, 1. l. 1 § 15 D. de a. p. 41, 2 oben S. 60.

18) Faber conj. lib. VII. cap. 19, erklärt proderit ergo ei . . . als Zusatz imperiti interpretis. — Ganz anders Bachofen S. 144: Die Entscheidung Ulpians bedarf keiner weitern Rechtfertigung, sie ist völlig klar. Aber darauf muß aufmerksam gemacht werden, daß wir in ihr eine bestimmte Bestätigung für den nach den Regeln der bonae fidei possessio beurtheilten Fruchterwerb des Pfandgläubigers gefunden haben. cfr. noch Cujac. lib. 6 quaest. Pap. ad l. 55 D. de cond. indeb.

Digitized by Google

Gläubiger ablieferte oder anrechnete, dem Sacheigenthümer, der vindicirt oder condicirt, herausgeben muß. Es darf bei ihm kein Vortheil aus den Früchten der fremden Sache zurückbleiben. Der Unterschied beider Fälle ist folgender. Ist der Gläubiger selbst mala fide, so ist er dem wahren Eigenthümer der Sache wegen der Früchte derselben in Folge der vindicatio oder condictio haftbar [19]). Eben deswegen kann er sich weigern, den Fruchtertrag an den Verpfänder herauszugeben oder ihm anzurechnen. Nur wenn er bona fide percipirte liegt eine Bereicherung des Gläubigers in Folge des Pfandverhältnisses vor, die an den Verpfänder in Folge der actio pigneratitia directa zu restituiren ist. Der Verpfänder hat also in diesem letztern Fall interimistisch einen Vortheil, bis sich der Sacheigenthümer meldet und Wiedererstattung erlangt.

§ 89. Sogenannte antichresis tacita.

In der l. 8 D. in quibus caussis pignus tacite constituitur 20, 2 spricht Paulus aus, daß der Gläubiger, der dem Debitor ein Darlehen unverzinslich vorstreckte, dennoch aus den Früchten des Pfandes Zinsen zurückhalten kann:

> Paulus libro 2 sententiarum.
>
> Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratae ad modum legitimum usuras retinere [1]).

Der auffallendste innere Widerspruch scheint hier obzuwalten. Es sind keinerlei Zinsen versprochen, keinerlei geschuldet, dennoch soll der Gläubiger aus dem Pfand Zinsen für sich behalten können.

Die Neuern benennen das Verhältniß häufig als antichresis tacita [2]). Aber eine Antichrese liegt nicht vor; denn diese involvirt das Bestehen einer Verbindlichkeit zur Zahlung von Zinsen, an deren Statt das Recht des Gläubigers die Früchte zu ziehen gesetzt wird; in unserer Stelle war aber gerade keine Pflicht zur Leistung von Zinsen

---

19) l. 55 D. de condictione indebiti 12, 6. l. 62 D. de R. V. 6, 1.

1) Den Text bewahrheiten die Basiliken lib. XXV. 3 cap. 8.

2) Es geschieht dies namentlich von Cujacius obs. VIII. cap. 17, welcher durch eine Basilikenscholie, die hierauf deutet, bestimmt wurde. Auf eine wirkliche antichresis bezieht die Stelle auch Stephan in seiner Abhandlung Archiv Bd. 30 S. 355—376.

Digitized by Google

vorhanden. Der Name ist also falsch gewählt und kann nicht zur Erklärung der Stelle führen.

Das Befremdende der Entscheidung von Paulus verschwindet einigermaßen, wenn wir bedenken, daß Zinsen nach römischen Recht regelmäßig nur geschuldet wurden, wenn sie besonders versprochen waren, daß aber Jemand vielfach in den zinsfreien Genuß eines fremden Kapitals kommen konnte, ohne daß dies der Wille seines Gläubigers war. Daher sind drei Fälle zu unterscheiden; erstens es sind Zinsen ausgemacht, oder zweitens, was das entgegengesetzte Extrem ist, der bestimmte Wille der Partheien bei der Begründung des Rechtsverhältnisses ging dahin, daß dem Schuldner die Begünstigung eines unverzinslichen Darlehens zu Gute kommen soll, oder drittens, es fehlt an bezüglichen Willenserklärungen der Partheien über Nehmen und Geben von Zinsen. An letztern Fall hat nun Paulus ohne Zweifel gedacht. Hier können keine Zinsen gefordert und eingeklagt werden. Auf der andern Seite schien es nicht billig, daß der Schuldner den Genuß des Kapitals zinsenfrei habe und doch den gesammten Fruchtertrag der Pfandsache vom Gläubiger herausverlangen könne[3]). Im Gegentheil schien eine Rückhaltung von Zinsen angemessen und der bona fides entsprechend, welche in der actio pigneratitia in personam waltet, bei deren Anstellung die Rückforderung der Früchte zur Sprache kommt.

Man kann es auffallend finden, daß wir die Entscheidung von Paulus auf den Fall beschränken, in welchem eine specielle Willensmeinung der Partheien bei Begründung der Obligation wegen der Zinsen nicht vorlag, während der Jurist allgemein von pecunia gratuita redet[4]). Indessen einmal deutet schon der Ausdruck cum pecunia gratuita utatur darauf hin, daß der zinsenfreie Genuß fremden Geldes mehr zufällig eingetreten ist; außerdem aber wäre mit der entschiedenen Absicht, daß der Schuldner ein Capital zinsenfrei haben sollte, das Rückhalten der Zinsen aus den Früchten so unvereinbar, daß man geradezu

3) So Stryk usus modernus Pandect. de pign. act. § 4. Böhmer introd. in jus Dig. eod. § 9 u. A. Pagenstecher Observ. legal. liber sing. observ. VI. erklärt gar pecunia gratuita als commodata und supponirt den Fall, daß der Commodatar das Geld gegen die Absicht des Contracts gebraucht habe.

4) Ueber gratuita cfr. besl. l. 10 § 8 D. mand. 17 1. si mandavero ut Titio pecuniam meam credat sine usuris und etiamsi mandaverim ut gratuitam pecuniam daret. — cfr. l. 2 D. de calumn. 3, 6. — So auch gratuita habitatio siehe Brissonius de verb. sign. —

Digitized by Google

einen Verzicht auf dies Recht herausleſen müßte, wenn es überhaupt für einen ſolchen Fall Beſtand hätte.

Läßt ſich das Ausgeführte ſchließlich auf den Gedanken zurückführen, daß ein mäßiger Zins eine angemeſſene und womöglich zuzubilligende Vergütung für den Genuß eines Capitals ſei, ſo geht es doch wieder viel zu weit, wenn angeſehene Rechtslehrer — nicht zu geringem Theil mit Rückſicht auf unſere Entſcheidung — geradezu von einer naturalis obligatio zur Zahlung von Zinſen bei Contracten ſprechen, bei welchen eine Zinspflicht nicht ſtipulirt iſt [5]).

Wäre der Schuldner naturaliter zur Zahlung landesüblicher Zinſen verpflichtet, dann könnte ja der Creditor dieſe Zinſen nicht nur aus den Früchten zurückhalten; er müßte die Pfandſache ſelbſt bis zu deren Abtragung retiniren können. Doch dies ſtimmt mit den Quellen nicht überein [6]). Die römiſchen Juriſten erkennen ein Recht zur Rückhaltung der Pfandſache wegen Zinſen nur dann an, wenn dieſelben durch ein pactum verſprochen waren, wobei ſie dann freilich die Solenniſirung des Verſprechens durch Stipulation nicht fordern.

In großer Zahl hat man andere Erklärungen der Entſcheidung von Paulus verſucht, ſie alle thun dem Wort und Geiſt der Stelle mehr oder weniger Gewalt an. Wer freilich vor gratuita ein non einſchiebt [7]), hat ſich raſch aus der Sache gezogen; doch wer könnte ſolche Willkühr billigen. Ebenſowenig iſt es zu rechtfertigen, wenn man bei der Entſcheidung den Fall eines Verzugs des Schuldners ſupponiren will [8]); denn abgeſehen davon, daß dieſe Unterſtellung jede Handhabe

---

5) Bangerow Pand. I. § 384 Anm. 2. Aehnlich Thibaut Verſuche Bd. 2 S. 168.

6) Die Exiſtenz einer naturalis obligatio beweiſt auch nicht l. 2 D. de cond. indeb. 12, 6. Si non sortem quis, sed usuras indebitas solvit, repetere non potest, si sortis debitae solvit. Allerdings ſah man hiernach die Rückforderung von gezahlten nicht geſchuldeten Zinſen eines ſchuldigen Capitals nicht für der Billigkeit entſprechend an. Wenn aber der Creditor wiſſentlich nicht geſchuldete Zinſen annahm indem er den Irrthum des Zahlenden benutzt, ſo wird gleichwohl eine condictio furtiva nicht abzuſprechen ſein. Vgl. über die antike Anſchauung übrigens auch Seneca de beneficiis lib. 7. cap. 10 . . . Quid foenus et Kalendarium et usura nisi humanae cupiditatis extra naturam quaesita nomina. —

7) Hotomann obs. I. cap. 4. Salmasius de modo usur. cap. 14. Dies gegen die Baſiliken lib. XXV. tit. 3 cap. 8. bag. auch Cujacius obs. VIII. cap. 17. Glück Bd. 14. S. 52.

8) Sintenis Pfandrecht S. 234. Man beruft ſich darauf, daß auch die l. 7

Digitized by Google

im Text entbehrt, so könnte in solchem Fall natürlich die Pfandsache selbst wegen der Zinsen retinirt werden, der Creditor wäre nicht darauf beschränkt sich aus den Früchten bezahlt zu machen.

Dies spricht auch gegen die — nicht selten vertheidigte — Unterstellung, daß die Zinsen in unserm Fall zwar nicht durch Stipulation, wohl aber durch nackten Vertrag versprochen worden seien [9]). Doch hiervon abgesehen, wird man unter gratuita pecunia niemals ein unter einem formlosen Zinsversprechen gegebenes Darlehen verstehen können.

Ueber die Anwendung des Ausspruchs von Paulus im Einzelnen, mögen noch folgende Bemerkungen Platz greifen. Es kann fraglich erscheinen, ob sich der Creditor Zinsen nur aus dem Fruchtertrag jedes entsprechenden Jahres abziehen darf oder ob er berechtigt ist, den Fruchtertrag während der ganzen Dauer des Pfandrechts zusammenzurechnen und hiervon die Zinsen für die ganze Periode des Bestehens der Schuld abzuziehen. Die erstere Ansicht möchte die vorzüglichere sein, da gerade der einzelne Jahresertrag als Aequivalent des einzelnen Jahreszinses anzusehen ist, der Gläubiger also nur auf ihn angewiesen ist. Dieser Ansicht werden wir um so eher huldigen, da sie das dem Gläubiger zugewiesene Recht in beschränkterem Maaße auffaßt und wir gewiß nicht geneigt sein werden, unsere singuläre Befugniß in einem dem Gläubiger günstigen Sinn zu interpretiren.

Das Recht der Rückhaltung der Zinsen aus den Früchten steht aber dem Gläubiger nicht nur dann zu, wenn ihm von vornherein ein Faustpfand eingehändigt wurde, sondern auch wenn ihm nur eine Hypothek eingeräumt war, in deren Besitz er später kam [10]). Eine Verschiedenheit zwischen dem Faustpfand und der Hypothek ist nach römischer Anschauung im Zweifel nicht anzunehmen.

Die Retention erlischt, wenn dem Creditor die schuldige Summe vollständig offerirt wird und er sich der Annahme weigert. Der Creditor im Verzug kann unsere außerordentliche Begünstigung nicht mehr beanspruchen [11]).

D. de pign. a. 13, 7 die von Verzugszinsen handelt, aus demselben Buch von Paulus (libro 2 sent.) genommen ist.

9) Schon die Glosse vertheidigt diese Ansicht .. est mirabile, dic tamen secundum Irnerium et bene quod saltem pacto erant debitae et sic naturaliter.

10) A. Ans. Arndts Pand. § 381.

11) Vielleicht bezieht sich auf unsere antichresis tacita l. 11 C. de usuris 4,

Digitized by Google

§ 90. Precarium. Miethe durch den Schuldner.

Die römischen Geschäftsleute suchten auch in Fällen, in welchen man dem Schuldner die factische Verfügung über das Pfandobject nicht entziehen konnte, oder auch der Creditor die Last wirklicher Besitzübernahme scheute, dennoch dem Gläubiger die meisten oder doch möglichstviele Vortheile des Besitzes in die Hand zu geben. Das Bedürfniß besonderer Vorkehrung trat natürlich besonders hervor:

a) Wenn der Debitor sein Mobiliar verpfändete, das inzwischen noch seinem Geschäftsbetrieb oder seiner Lebsucht dienen sollte.

b) Bei Immobilien, die der Schuldner bewirthschaftet und aus deren Ertrag er die Zinsen ziehen sollte, das Capital abzutragen hoffte [1]).

Um hier dem Schuldner die Verfügung zu lassen, und dem Gläubiger doch eine begünstigtere und allseitiger gesicherte Stellung als die eines bloßen Hypothekars ist, zu verschaffen, bieten sich folgende Mittel dar, Ueberlassung der Pfandsache an den Schuldner als Precarium, Miethe durch den Schuldner [2]), endlich Cumulation beider Verhältnisse:

1) Ueberlassung zum Precarium, wie auch Vermiethung war schon beim älteren Institut der fiducia häufig gewesen [3]). Dort freilich stellten sich keine juristischen Bedenken entgegen. Das Eigenthum war auf den Gläubiger übergegangen; daß der frühere Eigenthümer auf der nun fremden Sache als Client und Precarist saß, war nichts Auffallendes. Künstlicher war es anzunehmen, daß der Eigenthümer, der ein Faustpfand constituirte, die eigne Sache jetzt innehabe als Client eines Andern — des Gläubigers. Galt doch der Satz „precarium rei suae

---

32. Antoninus A. Popilio. Ex praedio pignori obligato creditor post oblatam sibi jure pecuniam, quam non suscepit, si fructus accepit, exonerari sortis debitum certum est. So Mommsen Obligationenrecht Bd. 3 S. 289. A. Anf. Madai Mora S. 471.

1) Isidor Orig. V. 25 pecarium est dum prece creditor rogatur permitti, debitorem in possessionem fundi sibi obligati demorari et ex eo fructus capere.

2) l. 35 § 1 D. de pign. a. 13, 7. Pignus solam possessionem transfert ad creditorem: potest tamen et precario et pro conducto debitor re sua uti.

3) Gaj. II. 60. Sed cum fiducia contrahatur ... competit usu receptio ... si nondum conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret.

Digitized by Google

esse non potest“ [4]). Noch Ulpian findet für nöthig dieſen Zweifel zu beſprechen und mit der Bemerkung zu beſeitigen, daß man nicht die Subſtanz, ſondern den Beſitz, der eben dem Gläubiger zugehöre, erbäte, daß überdies die Sache täglich vorkomme und durch die Praxis ſanctionirt ſei [5]).

Um ein ſolches Verhältniß zu begründen verlangte man urſprünglich ohne Zweifel einen äußerlich greifbaren Act. Es war alſo erforderlich, daß der Creditor, nachdem er ſich auf das verpfändete Grundſtück begab oder ſonſt körperlich den Beſitz ergriffen hatte, den Precariſten in den Beſitz wieder einſetzte, den dieſer eben aufgegeben hatte. In der Kaiſerzeit — ſeit Beſitzerwerb durch Stellvertreter feſtſtand — machte man die Sache bequemer ab. Der Verpfänder erklärte im Contract den Entſchluß den Beſitz für den Creditor zu erwerben, der Creditor in gleicher Weiſe ihm den Beſitz zurückzutradiren — jetzt aber als Precarium. Alles beruht hier auf rein pſychologiſchen Vorgängen, die ſich äußerlich durch nichts manifeſtiren, einem ſ. g. constitutum possessorium.

Der Verpfänder bleibt bei dieſem Vorgang der Regel nach juriſtiſcher Beſitzer. — Das precarium verlieh, wenn wir uns nicht irren, dem Precariſten urſprünglich ſtets und ausnahmslos juriſtiſchen Beſitz. Erſt in der Kaiſerzeit erachtete man es für zuläſſig, die bloße Detention als precarium einzuräumen; es lag hierin eine neue Conceſſion an die mehr ſpiritualiſtiſche Idee der Beſitztheorie. Dieſe Form war aber immer Ausnahme und trat nur ein, wenn die Abſicht der Partheien unzweideutig auf bloße Detention gerichtet war. So iſt auch der Verpfänder im Zweifel im juriſtiſchen Beſitz, wenn er ſich ein Precarium erbittet. Man behauptet meiſt [6]) im Gegentheil, der Verpfänder habe in der Regel oder nothwendig bloße Detention, wenn er ein Pre-

4) l. 45 D. de reg. jur. 50, 17. l. 4 § 3 D. de precario 43, 26.

5) l. 6 § 4 D. de precario 43, 26. Quaesitum est, si quis rem suam pignori mihi dederit et precario rogaverit, an hoc interdictum locum habeat? Quaestio in eo est, ut precarium rei suae consistere possit? Mihi videtur verius precarium consistere in pignore, cum possessionis rogetur non proprietatis. Et est haec sententia etiam utilissima, quotidie enim precario rogantur creditores ab his, qui pignori dederunt. Der Text fügt noch einmal — zum drittenmal und in inepter Schwerfälligkeit et debet consistere precarium. Offenbar ein Zuſatz, der aus einer Gloſſe in den Text aufgenommen wurde.

6) Savigny Beſitz S. 348 mit Bezug auf l. 33 § 6 D. de usurp. 41, 3. Ebenſo Bachofen Pfandrecht S. 149 Anm. 10.

Digitized by Google

carium empfing, dies hat aber weder innere noch wie wir zeigen werden äußere Gründe für sich.

Trotz des juristischen Besitzes des Verpfänders ist die factische Stellung des Gläubigers eine eminent günstige. Er kann das Precarium mit jedem Moment aufheben und sich den Besitz schleunig zurückverschaffen. Selbst mit Eigenmacht kann er vorgehen. Denn die Mittel, welche dem Besitzer zur Vertheidigung gegen Angriffe oder Entsetzung zustehen, die interdicta retinendae possessionis, wenigstens in classischer Zeit auch das interdictum unde vi hatten keine Anwendung gegenüber dem eigenmächtig zugreifenden precario dans [7]). War dem Gläubiger solche Eigenmacht nicht gelegen oder konnte er mit derselben nicht durchdringen, so hatte er gegen den Verpfänder, solange dieser besaß sowie wenn dieser dolo desiit possidere, das interdictum de precario.

Dritten gegenüber hatte hingegegen der precario dans keine possessorischen Rechtsmittel, da er den Besitz aufgegeben hatte. Doch war dies nicht die Lehre aller römischer Juristen. Nicht wenige vertheidigten bekanntlich die Lehre von der possessio duorum in solidum, wonach auch der precario dans neben dem Precaristen Besitz behielt und ebenso wie dieser die Interdicte gegenüber fremden Eindringlingen hatte [8]).

Mit der Tilgung der Schuld löst sich von selbst nach der Auffassung der römischen Jurisprudenz das Precarium. Nur solange der Gläubiger Recht auf den Besitz hat, will der Verpfänder als Client desselben besitzen [9]). Nachher besitzt er wieder auf Grund seines Eigenthumsrechts.

b) Der Gläubiger kann dem Verpfänder die Sache auch miethweise überlassen [10]).

---

7) Gaj. IV. § 150 § 154, dagegen l. 1 pr. D. de vi 43, 16.

8) l. 15 §. 4 D. de precario 43, 26. cfr. l. 19 pr. D. eod.

9) l. 11 D. de precario 43, 26. Si debitor rem pigneratam precario rogaverit, soluta pecunia precarium solvitur, quippe id actum est, ut usque eo precarium teneret.

10) l. 37 D. de acq. v. o. poss. 41, 2. Marcianus ad form. hyp. Re pignoris nomine data et possessione tradita, deinde a creditore conducta; convenit, ut is, qui hypothecam dedisset pro colono in agro, in aedibus autem pro inquilino sit; per eos creditor possidere videtur. — Aehnliches im attischen Recht, sieh Meier und Schoemann der attische Prozeß S. 507.

Digitized by Google

Die Besitzrechte des Creditors sind dann weit ausgedehnter als beim ordentlichen precarium; er bleibt juristischer Besitzer. Er hat zwar kein interdictum de precario, aber er bedarf dessen auch nicht. Er kann in Folge seines juristischen Besitzes in jedem Moment verlangen, daß sein Repräsentant, der Miether, die Sache räume; falls dieser sich widersetzt, steht ihm das interdictum unde vi gegen denselben zu, gleich als wenn dieser vi sich eingedrängt hätte [11]). Auch gegenüber dritten Occupanten hat der Gläubiger — wie jeder andere juristische Besitzer — die Interdicte, wenn er sie nicht geradezu, wozu ihm gleichfalls die Macht nicht fehlt, durch Eigenmacht wieder verdrängt, sowie er die Occupation erfährt.

Der Schuldner hat hier dem Gläubiger ein im voraus fixirtes Miethgeld zu entrichten, welches auf die Zinsen eventuell auf das Capital aufzurechnen ist. Zu dessen Beitreibung hatte der Gläubiger die actio locati [12]), die namentlich dann von Bedeutung war, wenn die Zinsen an und für sich nur naturaliter geschuldet waren, also nicht durch Stipulation, sondern durch nackten Vertrag versprochen waren. Nach einer merkwürdigen, in den Basiliken uns aufbewahrten Stelle fehlte dagegen dem Schuldner eine Klage gegen den Gläubiger aus einem solchen Miethcontract:

> Basilic. lib. XX. tit. 1 cap. 55. *Ἐὰν ὁ δανειστὴς μισθώσῃ τῷ χρεώστῃ τὸ ἐνέχυρον, αὐτὸς μὲν ἔχει κατὰ τοῦ μισθωτοῦ ἀγωγήν, ὁ δὲ χρεώστης οὐκ ἔχει κατὰ τοῦ μισθώσαντος ἀγωγήν* [13]).

In unseren Pandektenhandschriften ist diese Entscheidung ausgefallen, die zwischen den l. 55 und l. 56 D. locati 19, 2, beide von Paulus, stand und wahrscheinlich diesem Juristen angehörte [14]).

Es galt also principaliter dem Gläubiger seinerseits nicht für gebunden; der ganze Contract vielmehr als zu seinem Vortheil abgeschlossen und von seiner Willkühr abhängig. Es bietet unser Contract ein neues Beispiel eines an und für sich synallagmatischen Geschäfts, aus dem nur der eine Theil vollständig verpflichtet ist, während die Obli-

---

11) l. 12 l. 18 D. de vi 43, 16.

12) Außerdem hat der Creditor die a. locati aber auch die a. pigneratitia contraria auf Räumung. cfr. auch l. 22 § 3 D. de pign. a. 13, 7.

13) Si creditor locaverit pignus debitori, ipse quidem adversus conductorem actionem habet debitor autem non habet, actionem adversus locatorem.

14) Vgl. Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 2. S. 339.

Digitized by Google

gation des andern nicht selbstständig zur Geltung gebracht werden kann [15]).

c) Endlich versuchten die Creditoren die Vortheile der Vermiethung an den Schuldner mit den Vortheilen des Precariums zu vereinigen, indem sie die Sache zugleich an den Verpfänder vermietheten und sie ihm precario zur Detention überließen.

Der Creditor hatte hier außer dem interdictum uti possidetis und unde vi, die ihm als juristischem Besitzer zustanden, noch außerdem das interdictum de precario:

> l. 33 § 6 D. de usurpat. et usucap. 41, 3 . . Si utrumque intercesserit et precarii rogatio et conductio, intelligitur creditor possidere [16]).

Häufig kam dergleichen wohl nicht vor; die Cumulation entstand im Grunde mehr durch den Geschäftsstil der Notare, welche alle Begünstigungen zusammenhäuften, als durch ein reelles Bedürfniß.

Wir knüpfen an diesem Punkte die Erörterung der Frage an, inwieweit der Debitor, der eine Pfandsache vom Creditor als Precarium innehat, eine angefangene Ersitzung fortsetzt. Freilich hat dieselbe nicht gerade ein bedeutendes praktisches Interesse, aber die Untersuchungen der römischen Juristen hierüber sind so fein und scharfsinnig, daß wir gern einen Augenblick hier verweilen. Besonders hat sich Julianus in interessanter Weise mit diesem Verhältniß beschäftigt.

Man könnte gegen die Fortsetzung der Ersitzung etwas subtil einwenden: Der Gläubiger habe durch Verleihung zum Precarium den Besitz aufgegeben, er also erhalte dem Debitor sein Ersitzungsrecht nicht mehr; der Debitor selbst besitze die Sache aber precario, ein Besitz, der zur Ersitzung nicht genügt.

Diesen Einwendungen wird Julian gerecht libro 13 Digestorum l. 36 D. de acq. vel om. poss. 41, 2.

> Qui pignoris causa fundum creditori tradit, intelligitur possidere. Sed etsi eundem precario rogaverit, aeque per diutinam possessionem capiet. nam cum possessio creditoris non impediat capionem longe minus precarii rogatio impedimento esse debet; cum plus juris in pos-

15) Dernburg Compensation S. 70 flgnde.

16) l. 10 D. de adq poss. 41, 2 spricht gleichfalls von der Verbindung beider Geschäfte als einer möglichen Erscheinung.

Digitized by Google

sessione habeat, qui precario rogaverit, quam qui omnino non possidet.

Weiter geht Julian auf das Verhältniß ein libro 44 Digestorum (l. 33 § 6 D. de usurp. 41, 3). Er erörtert zunächst: ob der Schuldner, welcher dem Gläubiger eine bona fide beſeſſene Sache zum Fauſtpfand gab, dann zu erſitzen aufhöre, wenn ein Sklave des Gläubigers die Sache entwende. Er verneint dies, weil der Creditor trotz der Entwendung nicht aufhört zu beſitzen, vielmehr den Beſitz durch ſeinen Sklaven fortſetzt. Daran reiht ſich die Unterſuchung: ob dann die Erſitzung unterbrochen werde, wenn der Sklave des Schuldners dem Gläubiger das Fauſtpfand aus deſſen Beſitz entwendet. Der Beſitz des Gläubigers erliſcht hier, und der Schuldner beginnt durch den ohne ſeine Autoriſation vorgenommenen Diebſtahl nicht neuen Beſitz [17]). Dennoch ſetzt derſelbe die Erſitzung fort, weil der Sklave die Lage ſeines Herrn in Bezug auf die Erſitzung nicht verſchlechtern kann — ein offenbares Beiſpiel einer Erſitzung ohne Beſitz [18]). Hieran ſchließt ſich die Erörterung folgender Fälle:

> Facilius obtinebitur, si precario possidente debitore servus ejus surripuerit. Nam conductio idem praestat, quod si apud creditorem res esset, possidet enim hoc casu creditor. Sed etsi utrumque intercesserit et precario rogatio et conductio, intelligitur creditor possidere et precarii rogatio non in hoc interponitur, ut debitor possessionem habeat, sed ut ei tenere rem liceat.

Der Juriſt unterſcheidet deutlich die drei Fälle, die auch wir oben getrennt hielten.

Einmal der Schuldner hatte precario den juriſtiſchen Beſitz vom Creditor erlangt; hier iſt es klar, daß ſich an ſeinem Erſitzungsverhältniß gar nichts ändert, wenn ihm die Pfandſache durch ſeinen Sklaven entwendet wird; er bleibt vor wie nach im Beſitz.

---

17) l. 1 § 5 D. de adq. poss. 41, 2. l. 24 D. eod. quod vero ex maleficiis adprehenditur, id ad domini possessionem ideo non pertinet, quia nec peculii causam adprehendit.

18) l. 33 § 6 cit. Si rem pignori datam creditoris servus surripuerit, cum eam creditor possideret: non interpellabitur usucapio debitoris: quia servus dominum suum possessione non subvertit. Sed et si debitoris servus surripuerit, quamvis creditor possidere desinat, tamen debitori usucapio durat, non secus ac si eam creditor debitori tradidisset: nam quantum ad usucapiones attinet, servi subtrahendo res, non faciunt deteriorem dominorum conditionem.

Digitized by Google

Oder der Schuldner hat die Sache bloß gemiethet; hier verliert allerdings der Creditor in Folge des Diebstahls durch den Sklaven des Debitors den bisher noch fortgeübten Besitz; aber der Debitor wird auch hier forterſitzen, weil ſeine Lage nicht durch ſeinen Sklaven verſchlechtert werden ſoll und die Sache nicht anders beurtheilt würde, wenn er nicht einmal gemiethet hätte.

Oder endlich der Schuldner hat gemiethet und precario rogirt. Hier, ſagt der Juriſt, ſteht es wie im vorigen Fall; der Schuldner hat hier den juriſtiſchen Beſitz nicht gehabt, die precarii rogatio giebt — in Verbindung mit der Miethe — dem Verpfänder nur Detention.

Dieſer Zuſammenhang erweiſt, daß es unrichtig iſt, wenn Manche [19] — die letzte Phraſe iſolirend — aus ihr den Satz herleiten, daß die precarii rogatio eines Verpfänders demſelben regelmäßig oder gar ausſchließlich bloße Detention verleihe. Dies iſt vielmehr nur für den Fall geſagt, daß Precarium und Miethe cumulirt werden.

Endlich erörtert Julian noch im gleichen Buch ſeiner Pandekten [20] den Fall, daß der Pfandgläubiger, welcher dem verpfändenden Nichteigenthümer die Pfandſache wieder als Precarium überließ, Succeſſor des wirklichen Eigenthümers wird. Setzt auch hier der Verpfänder, in deſſen Händen ja die Sache verbleibt, ſeinen angefangenen Erſitzungsbeſitz fort? Julian verneint dies. Es gilt das Princip: Der Verpfänder, welchem die Pfandſache vom Gläubiger zum precarium gegeben iſt, ſoll forterſitzen, wie wenn die Sache noch fortwährend beim Creditor wäre. Hätte aber dieſer die Sache nicht zum Precarium beliehen, ſo würde mit dem Moment, in welchem er Eigenthümer wird, der Erſitzungsbeſitz des Verpfänders unterbrochen [21]. Dies tritt daher auch gleichmäßig im Fall einer Hingabe zum Precarium ein:

> Si rem alienam bona fide emeris et mihi pignori dederis ac precario rogaveris. deinde me dominus heredem instituerit, desinit pignus esse et sola precarii rogatio superierit; idcirco usucapio tua interpellabitur. —

Zum Schluß wenden wir uns zu einer Entſcheidung von Julian libro 13 Digest. in der gleichfalls von einer precarii rogatio die

---

19) Vgl. oben not. 6. bag. Geſterding S. 172 not. 15.
20) l. 29 D. de pign. a. 13. 7.
21) cfr. l. 33 § 5 D. de usurp. 41, 3.

Digitized by Google

Rede ist und die zu sehr verschiedenartigen wenig befriedigenden Auslegungen und Erklärungsversuchen Anlaß gab.

l. 16 D. de obligat. et actionibus 44, 7.

Qui a servo hereditario mutuam pecuniam accepit et fundum vel hominem pignoris causa ei tradiderat et precario rogavit, precario possidet. Nam servus hereditarius sicuti per traditionem accipiendo proprietatem hereditati adquirit, ita precario dando efficit, ne res usucapi possit; nam et si commodaverit vel deposuerit rem peculiarem commodati et depositi actionem hereditati adquirit. Haec ita si peculiare negotium contractum est; nam ex hac causa etiam possessio acquisita intelligi debet.

Es scheint hier entschieden zu werden: wenn Jemand von einem Erbschaftssclaven ein Darlehen empfängt, diesem eine Sache zum Pfand giebt, an der er Ersitzungsbesitz hat und sie sich wieder precario zurückgeben läßt, so bewirkt das precarium, daß sich die Ersitzung des Verpfänders nicht vollendet (precario dando efficit ne res usucapi possit). Die Schwierigkeit besteht nun darin zu erklären, wie es kommt, daß gerade die Rücküberlassung des Pfands als precarium an den Verpfänder dessen Usucapion unterbrechen soll. Denn war die Sache eine erbschaftliche, so wird die Ersitzung schon vorher durch das Einhändigen als Faustpfand an den servus hereditarius, der den Erblasser vertritt, aufgehoben, keineswegs aber durch die Rückgabe zum precarium; war sie keine erbschaftliche, sondern stand im Eigenthum eines Dritten, so existirt überhaupt kein Grund, eine Unterbrechung durch die angeführten Rechtsacte anzunehmen. Vergebens sucht sich Cujacius aus diesem Dilemma herauszuwinden [22]).

In neuerer Zeit hat man scharfsinniger Weise die Stelle durch Bezugnahme auf die usureceptio fiduciae causa zu erklären gewußt [23]). Julian soll geschrieben haben qui... fundum vel hominem pignoris causa ei mancipaverat. Der Sinn wäre, wie der Sklave durch die Mancipation die Proprietas für die Erbschaft erwirbt, so habe auch seine precarii datio die Wirkung, daß der Schuldner die mancipirte Sache

22) Cujacius lib. 13 Dig. Juliani (vol. VI. p. 84).

23) Arndts Beiträge S. 208. Huschke Zeitschrift für gesch. Rechtsw. Bd. 14 S. 263. Mühlenbruch Commentar Bd. 43 S. 70.

Digitized by Google

nicht ohne weiteres usurecipiren könne. Auch wir haben uns früher dieser Erklärung angeschlossen [24]). Aber bedenklich bleibt, daß so die Stelle in der justinianeischen Compilation keinen irgend erträglichen Sinn giebt. Die Compilatoren sollen traditio an Stelle von mancipatio gesetzt haben, ohne zu bemerken, daß die Entscheidung sich auf ein im justinianeischen Recht völlig abrogirtes Institut bezog und durch jene Veränderung jede Bedeutung verlor.

Sollte sich die Sache nicht ganz ungezwungen so erklären lassen: Julian spricht im Vordersatz aus, wenn ein Erbschaftssklave ein Darlehen giebt, Pfänder dafür erhält und diese als Precarium dem Debitor zurückgiebt, so ist dies Precarium gültig. Dies will nun der Jurist etwaigen Zweifeln gegenüber, die man daraus herleiten könnte, daß es während ruhender Erbschaft an einem berechtigten Subject fehlt, rechtfertigen und zwar thut er dies nach römischer Weise, indem er auf allgemein anerkannte und unbestrittene Analogien aufmerksam macht. Es kann, fügt er zu diesem Zweck hinzu, ja der Erbschaftssklave auch für die Erbschaft Eigenthum erwerben, warum nicht ebenso ein Pfand? Er kann durch Hingabe von Erbschaftssachen zum Precarium anerkannten Rechten nach bewirken, daß sie nicht mehr pro herede usucapirt werden können, also ergiebt sich, daß ihm die Fähigkeit beiwohnt, ein Precarium zu constituiren. Er kann ja auch — fährt er fort — commodiren und deponiren und so dem künftigen Erben die actio commodati erwerben. Dieser letztere Satz ist namentlich nicht recht passend zu der Beziehung der Stelle auf die usureceptio fiduciae causa. Der Satz, daß das precarium die Usucapion hindere, bezieht sich also gar nicht auf den zunächst besprochenen Fall, in welchem der Erbschaftssklave ein ihm gegebenes Pfand, precario zurückverleiht.

§ 91. Antichrese [1]).

Der Vertrag, daß der Capitalist, der einen Vorschuß macht, statt der Zinsen den Fruchtertrag von einer Sache des Schuldners gewinnen soll, liegt unter manchen Verhältnissen den Partheien sehr nahe.

---

24) Bd. I. S. 25 Anm. 51.

1) Glück Bd. 14 S. 104 und dort Citirte, wozu Seuffert Ar. II. S. 104. Bangerow § 384 Anm. 2.

Digitized by Google

Den Namen — antichresis — haben die Römer den Griechen entlehnt; die Sache selbst wohl schon in früher Zeit geübt.

Ueber den Umfang der Rechte, welche der Creditor durch einen solchen Vertrag gewinnt, existiren specielle Quellenzeugnisse nicht. Wir sind auf allgemeine Grundsätze zu deren Bestimmung verwiesen. Einen Anhaltspunkt mögen die beim Ususfruct ausgebildeten Sätze gewähren, doch können wir sie nicht unbedingt und ohne Prüfung auf unser Verhältniß übertragen.

Nur die Frucht im eigentlichen Sinn erhält der Gläubiger statt der Zinsen. Frucht aber ist für den Juristen nicht ein natürlicher, sondern ein ökonomischer Begriff. Es sind Früchte die regelmäßigen Erträgnisse einer Sache, welche gewinnbar sind ohne den Werth der Substanz wesentlich zu vermindern. Demnach Bodenerzeugniß, Getreide, Heu, regelmäßige Holzprovenienz, aber auch andere Erträgnisse, Sand, Steine, Torf, regelmäßiger Ertrag der Jagd [2]). Dagegen kann der antichretische Gläubiger nicht beanspruchen Fruchtbäume, die durch Windsturm oder auch menschliche Thätigkeit ausgerissen sind, vielmehr muß er das Holz dem Debitor überlassen oder den Betrag demselben imputiren [3]). Ueberhaupt hat er kein Recht, Accessionen statt der Zinsen zu behalten, z. B. einen im antichretischen Grundstück gefundenen Schatz.

Natürlich hat der Creditor die Lasten des Fruchtgenusses auf die eigene Rechnung zu nehmen. Er muß die Sache aus seinen Mitteln in Anbau erhalten, Baumpflanzungen, Heerden vollzählig machen und nicht nur die Bestellungskosten tragen, sondern auch die laufenden nothwendigen Verwendungen, insbesondere mäßige Reparaturen, übernehmen [4]).

---

2) l. 26 D. de usuris 22, 1. Insoweit der Creditor die Früchte für sich behalten kann, hat er selbstverständlich keine Pflicht zur Perception. Hierüber Dissert. de creditore antichr. ad fructus percipiendos non obligato praes. Engelbrecht Helmst. 1724.

3) l. 12 pr. D. de usufr. 7, 1.

4) Leyser med. ad Pand. vol. III. spec. 157 med. VI. fgnde. Glück Pand. Bd. 14 S. 125. Leyser l. c. berichtet einen Fall, in dem ein durch den Krieg verwüstetes Gut dem Gläubiger für eine mäßige Summe zur Antichrese gegeben, zugleich aber stipulirt war, „er möchte das ruinirte Gut wieder verbessern und anbauen". Der Gläubiger forderte später die Meliorationskosten als Mandatar und stützte sich darauf, daß jene Convention aus den Grundsätzen des contractus pigneratitius zu erklären, folglich die impensae utiles vom Schuldner zu vergüten seien. Mit Recht entscheidet Leyser im entgegengesetzten Sinn, da hier kein Mandat vorlag, sondern ein Nebenvertrag der

Digitized by Google

Auch die Abgaben hat er aus seinen Mitteln zu bestreiten, ohne daß er ihretwegen dem Schuldner etwas in Rechnung stellen kann. Denn Abgaben sind eine Last des Fruchtgenusses und des Ertrags [5]). Wenn beim Pacht, auf dessen Analogie man sich hiergegen beruft, die Abgaben den Verpachter treffen, so liegt dies einmal darin, weil der Pachter nicht Besitzer ist und dann weil das Verhältniß der Verpachtung auf das Recht des Fiscus, des Dritten keinen Einfluß üben soll, sondern so zu sagen rein ein internes zwischen Pachter und Verpachter ist. Dagegen wird der Verpachter doch den Betrag der Abgabe im voraus auf den Pachtzins schlagen. — Der Gläubiger, der einen antichretischen Vertrag schloß, kann auch dann nicht auf die Zinsenforderung zurückgreifen, wenn er in Folge von außerordentlichen, nicht vorzusehenden Unglücksfällen, Kriegsverwüstung oder Hagelschlag keinen oder nur einen ganz geringen Fruchtertrag zog. Grundsätze, wie sie beim Pacht hinsichtlich der remissio mercedis gelten [6]), können hier keinerlei analoge Anwendung finden, da die Antichrese in höherem Grad als ein gewagtes Geschäft gedacht wird.

Die Antichrese kann natürlich stets durch Willenseinigung der Partheien aufgehoben und die Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen wieder an die Stelle gesetzt werden. Ist aber auch einseitige Kündigung erlaubt?

Der Gläubiger kann unserer Ansicht nach einseitig zurücktreten und den Zins vom Rücktritt an fordern, wenn primär eine Forderung auf Zinsen mit bestimmtem Zinsfuß bestand und bei Aushändigung des Besitzes der Pfandsache an den Gläubiger eine Antichrese ausgemacht wurde. Denn die Antichrese wird hier präsumtiv als im Interesse des Gläubigers bewilligt gedacht, um denselben von der lästigen Pflicht der Rechnungsstellung zu entbinden [7]).

Antichrese, der Gläubiger aber hier Vergütung seiner Impensen ausmachen mußte wenn er solche sich vorbehalten wollte.

5) l. 7. § 2 D. de usufr. 7, 1. l. 27 § 3 D. eod. l. 52 D. eod. l. 13 D. de impensis in res dot. factis 25, 1. Neque stipendium neque tributum ob dotalem fundum praestita exigere vir a muliere potest; onus enim fructuum haec impendia sunt. So auch Leyser vol. III. spec. 157 med. 6 und 7. Dagegen Gesterding Pfandr. S. 217.

6) l. 15 § 4 § 5 D. locati 19, 2.

7) arg. l. 9 D. de in diem addictione 18, 2. l. 3 D. de lege commissoria 18, 3.

Digitized by Google

Der Schuldner dagegen kann allerdings — wenn die versicherte Forderung abzahlbar ist — durch vollständige Tilgung derselben, der Antichrese ein Ende machen; dies selbst dann, wenn die Antichrese auf eine Reihe von Jahren gegeben wurde und diese noch nicht verflossen sind; denn die Antichrese ist nur bewilligt unter Voraussetzung der Fortdauer einer Schuld; die Tilgung derselben entzieht der Antichrese ihre Basis. Eine Kündigung der Antichrese ohne gleichzeitige Oblation der Schuld ist aber dem Schuldner nicht gestattet. Ist die Zeit, bis zu welcher sie eingeräumt war, bereits abgelaufen, so kann die Antichrese nur unter beidseitiger Zustimmung verlängert werden.

Rückzahlung der Schuld macht der Antichrese ein Ende, auch wenn sie etwa mitten in einer Fruchtperiode erfolgte; also wenn nach manchem Jahr Mißwachs der zur Antichrese gegebene Weinberg reiche und vortreffliche Ernte in Aussicht stellte. Gilt hierbei aber das Princip des Usufructs, wonach dem Usufructuar nur zufällt was er wirklich noch während der Dauer seines Usufructs percipirt und in sein Eigenthum gebracht hat, dann könnte der antichretische Gläubiger leicht in die Lage kommen, sowohl der Frucht als des Zinses verlustig gehen zu müssen. Offenbar entspricht der Gerechtigkeit und der vermuthlichen Intention der Partheien allein eine ratuelle Vertheilung des Fruchtertrags, so daß z. B. der Gläubiger, der die nächsten sechs Monate nach der Weinernte einen Weinberg als Antichrese innehatte, eine Forderung auf die Hälfte des künftigen Weinertrags hat [8]).

In ähnlicher Weise ist ein etwaiger Pachtschilling verhältnißmäßig zu vertheilen. —

Es versteht sich, daß der Vertrag gültig ist, wonach die Forderung solange nicht fällig wird, als der Creditor vom Schuldner im Besitz der Antichrese belassen wird [9]); allein es springt in die Augen, daß dies ausdrücklich convenirt sein muß und keineswegs ein Naturale des antichretischen Vertrags ist [10]).

Auch mag daran erinnert werden, daß nach Constituirung der Antichrese weder das Forderungsrecht des Creditors verjährt, wenn er im

---

8) Cod. Fabr. 8, 20 def. 8.

9) cfr. Cod. Fabr. 8, 23 def. 6. Der Einwand war, daß hiermit das Verkaufsrecht aufgehoben werde.

10) a. Anf. Engelbrecht l. c. p. 39.

Digitized by Google

Besitz der Antichrese bleibt; noch auch umgekehrt das Auslösungsrecht des Debitors durch Verjährung erlöschen kann, weil die actio pigneratitia directa auf Rückforderung der Sache vor Tilgung des Capitals noch nicht nata ist.

Verschieden von der Antichrese ist der Vertrag, dessen Papinian libro 11 respons. l. 1 § 3 D. de pignoribus gedenkt.

> Pacto placuit, ut ad diem usuris non solutis fructus hypothecarum usuris compensarentur fini legitimae usurae. Quamvis exordio minores in stipulatum venerint, non tamen irritam esse conventionem placuit, quum ad diem minore foenore non soluto legitimae majores usurae recte stipulari potuerunt.

Hier sind nicht die Früchte statt der Zinsen bewilligt, es ist nur die Erhebung der Zinsen auf die Früchte angewiesen. Bedenken gegen diesen Pact möchte erregen, daß ausdrücklich nur eine Forderung auf die geringeren Zinsen begründet war, Maximalzinsen aber, die durch Retention aus den Früchten des Pfands beigetrieben werden sollen, nicht besonders versprochen waren. Doch sind sie indirect durch den Zusatzvertrag zugebilligt; mit der doppelten Begränzung, daß sie nur im Fall der Säumniß in der Zahlung der geringeren Zinsen fällig werden und nicht anders als durch Rückhaltung aus den Früchten beigetrieben werden können.

So schweigsam die römischen Juristen über die einzelnen Rechte des antichretischen Gläubigers sind; zwei Punkte haben doch ihre besondere Aufmerksamkeit auf sich gezogen und diese sind denn vielfach Gegenstand der Untersuchung und Controverse der Neuern geworden.

1) Verstößt eine Antichrese, die dem Creditor einen höhern Fruchtgenuß gewährt, als das Maximum des gesetzlichen Zinses seines Capitals ausmachen würde, gegen die Zinsverbote? [11])

---

11) Einige fordern Herausgabe aller Früchte, die über die gesetzlichen Zinsen hinaus vom antichretischen Gläubiger gewonnen waren. Mencken diss. nullum excessum usurarum in pacto antichretico esse tolerandum Lipsiae 1745. Happel Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder, 4. Abschnitt S. 362, neuerdings Stephan Archiv Bd. 30 S. 385. Eine Milderung der Meinung lag darin, daß man häufig nicht vom Gläubiger Rechnungstellung, sondern vom Debitor Beweis forderte, daß der Fruchtertrag die Zinsen überschritten habe. Carpzov p. II. const. 30 def. 41. n. 7. Leyser medit. vol. III. spec. 157 med. 1. cfr. Walch controv. juris sect. III. cap. 4 m. 2 subs. 4 § 4.

Digitized by Google

Es liegt sehr nahe zu unterscheiden, ob die Antichrese von vornherein einen Ueberschuß über den Betrag der gesetzlichen Zinsen in sichere Aussicht stellte oder nicht und im ersten Fall eine Reduction des Fruchtgenusses auf das gesetzliche Zinsmaximum eintreten zu lassen [12]).

Doch die römischen Juristen haben hierauf keine Rücksicht genommen und die Antichrese ohne jede Distinction erlaubt [13]). Sie gingen eben davon aus, daß die Beschränkung des Zinsennehmens auf ein bestimmtes Maximum singulärer Natur sei, daß Geschäfte anderer Art Kauf und Miethe von gleichen Schranken frei seien. Nun liegt in der Antichrese eine Art von Tausch oder wenn man will von Pacht oder Miethe, Contracte, bei denen man der freien Selbstbestimmung der Partheien keinen Zügel anlegte [14]). Dazu kam, daß bei der Antichrese eines Landguts der Gläubiger die Sorge der Verwaltung und Bewirthschaftung hat, daß ihn die Gefahr trifft, falls durch Unglücksfälle oder Abschlagen der Preise nichts oder weniger erlöst wird. Vermiethet oder verpachtet er aber weiter; so trifft ihn die Mühe des Suchens eines Miethers, die Gefahr des Leerstehens der Miethwohnung, ganz zu geschweigen der remissio mercedis beim Pacht im Fall außerordentlicher Unglücksfälle. Wie ganz anders als bei dem müheloſen Einstreichen des zu bestimmter Zeit fälligen Zinses. Diese Gesichtspunkte finden ihren Ausdruck in folgender Verordnung.

l. 17 C. de usuris 4, 32. Imperator Philippus A. Euxeno.
Si ea lege possessionem mater tua apud creditorem suum obligavit, ut fructus in vicem usurarum consequeretur, obtentu majoris percepti emolumenti propter incertum fructuum proventum rescindi placita non possunt.

Weniger unzweideutig könnte l. 14 C. eod. von Alexander Sever erscheinen:

Si ex pactione uxor tua mutuam pecuniam dedit, ut vice

---

12) Z. B. Hellfeld jurispr. forensis I: de pigneratitia actione 13. 7 § 870 Westphal Pfandrecht § 65. Schweppe röm. Privatrecht § 338.

13) Die Neuern besonders Mackeldey Lehrbuch § 315 not. c Seuffert Erörterungen II. S. 104 flgnde, Bangerow Pand. § 384 Anm. 2 theilen im Ganzen diese Ansicht.

14) Daß also der Satz hier durchaus nicht paßt surrogatum sapit naturam ejus in cujus locum succedit leuchtet ein. cfr. auch l. 24 C. de solut. 8, 43.

Digitized by Google

usurarum inhabitaret [15]) pactoque, ita ut convenit, usa est non etiam locando domum pensionem redegit, referri quaestionem, quasi plus domus redigeret si locaretur, quam usurarum legitimarum ratio colligit, minime oportet. Licet enim uberiore sorte potuerit contrahi locatio, non ideo tamen illicitum foenus esse contractum, sed vilius conducta habitatio videtur.

Die Verordnung verneint für den Fall die Pflicht zur Aufrechnung, daß der Creditor das zur Antichrese gegebene Haus selbst bewohnt hat; aber sie scheint andern Grundsätzen zu folgen, wenn er vermiethete und einen höhern Miethschilling annahm als der Capitalzins betrug.

Dies deshalb, weil eben der Vertrag, auf den sich der Creditor berief, ihm nur das Wohnen für seine Person verstattete; nur dann kann ihm dieser Vertrag zu Gute kommen, wenn er sich genau an denselben hielt (si pacto, ita ut convenit, usa est). Man wende nicht ein, daß im Zweifel in der Miethe zugleich das Recht der Aftervermiethung liegt! Die Antichresis ist der Miethe verwandt, aber doch keineswegs eine Unterart derselben. Wenn bei der Miethe die Präsumtion gilt, daß der Conductor das Recht auf den vollen Ertrag habe, der durch Weitervermiethung zu gewinnen ist, so ist bei der Antichrese die Absicht im einzelnen Fall entscheidend und die Vermuthung eher für das mindere Recht [16]).

Der Richter hat also demgemäß den antichretischen Vertrag, der sich als Tausch oder Pacht ankündigt, zu achten und selbst wenn er dem Creditor einen Gewinn in Aussicht stellte, nicht als in fraudem der Zinsgesetze umzustoßen [17]). Eine Anullirung tritt nur ein, wenn andere Umstände die absichtliche Umgehung der Wuchergesetze über allen Zweifel erheben, z. B. der Schuldner übernimmmt dem Gläubiger gegenüber die Garantie für einen gewissen Ertrag. Dagegen unterliegt die Antichrese, wie dies die Praxis auch bei Tausch und Pacht an-

15) Diese Form der Antichrese erwähnt auch l. 6 C. quod cum eo 4, 26.

16) So war denn auch bestritten, ob der, welchem eine habitatio vermacht oder sonst bestellt sei, vermiethen könne, was erst Justinian aus Billigkeitsgründen sanktionirte § 5 J. de usu 2, 5. l. 13 C. de usufructu 3, 33. cfr. l. 10 pr. D. de usu 7, 8.

17) Wenn sich vollends der Ertrag Anfangs unweit der Gränze des Zinsmaximums hält, im Lauf der Jahre dasselbe mehr und mehr überschreitet, so finden die Zinsgesetze keinenfalls Anwendung (Bülow rechtl. Bed. II. S. 69). Es liegt hierin ein glücklicher von vornherein nicht vorauszusehender Erfolg des Tausches.

Digitized by Google

nimmt, der Anfechtung wegen laesio enormis. Denn dieſe iſt auch bei gewagten Geſchäften dann zuläſſig, wenn der Preis außer Verhältniß zu dem Wagniß ſteht. Die Anfechtung iſt zu verwerfen, wenn der Creditor gerade durch einen Zufall — ein beſonders günſtiges Jahr — ausnahmsweiſen Vortheil zog.

Die ausgeführten Grundſätze ſind — dies hat man von jeher gefühlt[18] — nicht anwendbar, wenn der Gläubiger auf beſtimmte Geldeinkünfte ſtatt der Zinſen z. B. auf eine Geldrente angewieſen iſt. Hier muß er Rechnung ablegen und ſich den Mehrbetrag über den geſetzlichen Zins am Capital kürzen laſſen. Was iſt der Grund? Es ſcheint uns ein ſolches Geſchäft nicht unter den Begriff der Antichreſe zu fallen, bei welcher ein Fruchtgenuß oder ein Gebrauch von Sachen ſtatt des Geldzinſes verſtattet wird, vielmehr geſtaltet ſich das Verhältniß zu einer einfachen Anweiſung.

2) Merkwürdigerweiſe hat man ſelbſt darüber einen kleinen Krieg geführt, ob die Antichreſe auch ohne eine Verpfändung vorkommen könne. Dies ſollte ohne weiteres klar ſein. Da das römiſche Recht den Tauſch kannte, warum ſollte es die antichresis, die nichts Anderes als eine Art dieſes Geſchäfts iſt, nicht gleichfalls unabhängig von jeder Verpfändung zulaſſen. Der Vertrag über Antichreſe erzeugte freilich erſt Klage, wenn bereits die Hingabe erfolgt war, erſt dann gewährte man, wie bei andern Innominatcontracten, eine actio praescriptis verbis oder wie man dieſe Klagen auch nannte, weil die Einleitung der Klagformel die Auseinanderſetzung eines Factums enthielt, eine actio in factum. Dies hing indeſſen mit der Klagloſigkeit nackter Verträge zuſammen und hat für das heutige Recht keine Bedeutung. An eine ſolche ſelbſtſtändige Antichreſe — ohne Verbindung mit dem Pfandcontract — denkt Marcian, indem er das Verhältniß ſo beſchreibt:

> l. 11 § 1 D. de pignoribus 20 1. Si *ἀντίχρησις* facta sit et in fundum aut in aedes aliquis inducatur eousque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, quum in usuras fructus percipiat aut locando aut ipse percipiendo habitandoque; itaque si amiserit possessionem, solet in factum actione uti.

---

18) Seuffert Erört. II. S. 104 flgnde, Sintenis Pfandrecht S. 261 ff., Bangerow § 384 Anm. 2.

Digitized by Google

Hier hat der Gläubiger keine, gegen jeden Dritten anwendbare dingliche Klage, keine actio hypothecaria, sondern nur persönliche Klagen gegen den Verpfänder, und außerdem das Recht der Retention dem Verpfänder gegenüber, pignoris loco, was hier nicht identisch ist mit Pfandrecht [19]).

Durchaus verschieden ist die Frage, ob nicht in der Hingabe einer Sache zur Antichresis im Zweifel zugleich stillschweigend die Bestellung eines Pfandes liegt. Dies ist zu bejahen. Wenn einmal der Debitor soweit geht, dem Creditor eine Sache einzuhändigen, damit dieser daraus den Ertrag statt der Zinsen gewinne, so ist es in der Vorstellung der Partheien fast eine Consequenz, jedenfalls das weitaus Gewöhnliche, daß dieselbe auch verpfändet sei und der Vertrag dingliche Sicherung erhalte. Daher entscheidet derselbe Jurist Marcian:

> l. 32 D. de pign. a. 13, 7. Si pecuniam debitor solverit potest pigneratitia actione uti ad recuperandam *ἀντίχρησιν*: nam cum pignus sit, hoc verbo uti potest.

Der Sinn ist: auch in der Antichrese liegt im Zweifel ein pignus; deshalb kann der Debitor sie nach gezahlter Schuld mit der actio pigneratitia in personam zurückfordern. Die Worte ihrer Klagformel (quod A A N° N° Stichum pignori dedit) passen auch für den, der wörtlich nur eine Sache als Antichrese hingab.

Ein wahrer Widerspruch zwischen beiden Aeußerungen Marcians, die dem gleichen Werk entnommen sind, liegt demgemäß nicht vor [20]).

Das canonische Recht hat wie das Zinsennehmen, so auch consequent den antichretischen Vertrag verboten [21]). Allein dieses Verbot, das selbst im Mittelalter im Leben nicht durchzudringen vermochte, ist natürlich weggefallen mit dem Verbot des Zinsennehmens selbst. Daher recipirte man auch in dieser Materie die Bestimmungen des römischen Rechts.

---

19) l. 13 § 8 D. de a. empti 19, 1 und a. a. O.

20) Anders wie es scheint Windscheid Pand. I. § 234 Anm. 5.

21) Ausführlich bei Glück Bd. 14 S. 120. cap. 1 und 2 X. de usuris 5, 19. cap. 7 und 32 X. de jurej. 2, 24 cap. 4 und 6 X. de pign. 3, 21.

Digitized by Google

erzeigt dem Schuldner durch Creditiren auf Handschrift ein nicht geringes Vertrauen, welches die Anerkennung des Schuldners verdient. Hiermit schien nicht in Uebereinstimmung, wenn er seinem Gläubiger — vor Erfüllung aller seiner Verpflichtungen eine Sache, die einmal als Pfand gedient hat und dem Gläubiger, in dessen Hand sie sich befindet, eventuell Deckung verspricht, zu entreißen sucht. Nicht minderes Gewicht hat ohne Zweifel die Erwägung, daß der Gelddarleiher, der im Besitz der Pfandsache ist, wenigstens durchschnittlich der ökonomisch sichere Theil ist, während der Darlehensnehmer in der Regel als der weniger zuverlässige Theil gilt. Schon um deßwillen wäre es verkehrt, den Capitalisten zur Herausgabe der Sache an den Gegner zu nöthigen, ihn selbst aber mit seinen Ansprüchen an den zweifelhaften Geldschuldner in die Ferne zu verweisen. Umgekehrt hat daher der Debitor keineswegs das Recht, mit der Zahlung etwaiger chirographarischer Schulden zurückzuhalten, bis ihm ein für andere Forderungen gestelltes Pfand zurückgegeben wird.

Unser Retentionsrecht ist, wie wir bemerkten, einzig in unserer Constitution von Gordian erwähnt — hat es erst dieser Kaiser durch seine Verordnung geschaffen? Gordian giebt sich nicht die Miene, als wolle er etwas Neues bestimmen; im Eingang seiner Verordnung hebt er hervor, daß das Pfandrecht im Fall einer Novation der Schuld untergehe, durch Anstellung der Schuldklage aber nicht berührt werde; — Sätze, welche die klassischen Juristen zur Genüge anerkannten und ausführten [6]). In ganz gleichem Ton fährt er fort, daß die von dem Gläubiger angesprochene Rückhaltung wegen Chirographarforderung in den Rechten begründet sei (jure enim contendis).

Dennoch war dies Retentionsrecht den classischen Juristen fremd [7]), dies beweist nicht nur ihr Schweigen — an und für sich ein bedeutendes Argument. Ulpian entscheidet l. 11 § 3 D. de pign. act. 13, 7, der Pfandgeber könne das Pfand, das nur für das Capital oder nur für die Zinsen verpfändet war, nach Zahlung der versicherten Summe mit der actio pigneratitia zurückfordern und setzt sich so in Widerspruch mit einer Retention wegen des blos chirographarischen Theils. Wollte man aber einwenden, daß hier, wo beide Forderungen bereits constituirt waren und das Pfand ausdrücklich nur für die eine Forderung bestellt

6) l. 13 § 4 D. de pignoribus 20, 1.
7) a. Anf. Glück Bd. 14 S. 330.

Digitized by Google

wurde, die Retention wegen der andern durch stillschweigenden Vertrag beseitigt sei, so fällt doch dieser Einwand weg bei dem Rescript von Sever in der l. 4 C. de usur. 4, 32 [8]). Der Kaiser bestimmt, das Pfand könne nur wegen Zinsen, für die es von Anfang an verhaftet war, zurückgehalten werden, nicht aber wegen später convenirter, also später chirographarisch versprochener Zinsen.

Aller Wahrscheinlichkeit nach verdankte unsere Rechtsregel ihre Entstehung der Praxis der Gerichte. Gordian fand sie so vor und gab ihr officielle Sanction. Eine äußere historische Veranlassung und Vorbereitung fehlte nicht ganz. Der Pfandgläubiger, der das Pfand in Rom persönlich zum Verkauf brachte, trieb auch selbst den Kaufpreis ein. Hatte er einen Ueberschuß erzielt und außer der versicherten noch chirographarische Forderungen an den Verpfänder, so compensirte er natürlich das superfluum gegen seine Chirographarforderung. In Folge dessen hatte er einen natürlichen Vorzug vor allen andern Chirographaren. Ja es schien zweifelhaft, ob nicht dieses Compensationsrecht auch den Ansprüchen des Nachhypothekars auf Herausgabe der Hyperocha schaden könne. Tryphonin hielt die Frage für bedenklich genug, um ihr eine eigne Disputation zu widmen (libr. 8 disputationum.)

l. 20 D. qui potiores 20, 4.

Quaerebatur, si post primum contractum tuum, antequam aliam pecuniam tu crederes, eidem debitori Sejus credidisset quinquaginta et hyperocham [9]) hujus rei, quae tibi pignori data esset, debitor obligasset, dehinc tu eidem debitori crederes forte quadraginta: quod plus est in pretio rei, quam primo credidisti, utrum Sejo ob quinquaginta an tibi ob quadraginta cederet pignoris hyperocha? finge Sejum paratum esse offerre tibi summam primo ordine creditam. Dixi consequens esse, ut Sejus potior sit in eo, quod amplius est in pignore et oblata ab eo summa primo ordine credita usurarumque ejus postponatur primus creditor in summam quam postea eidem debitori credidit.

Tryphonins Zweifel, seine Antwort ist in gar mancher Beziehung von Interesse. Sie zeigt, wie precär noch zu seiner Zeit (Anfang der

8) Vgl. oben Bd. I. S. 557.

9) Die Vulgathandschriften lesen hypotheca. cfr. Cujac. obs. III. 104.

Digitized by Google

Regierung Caracallas) die Stellung des Nachhypothekars war. A. hatte eine erste Hypothek, Sejus erhielt eine zweite für 40, später entnahm der Verpfänder vom A. noch eine weitere Summe von 50. — A. schreitet zum Pfandverkauf und versucht nach Abzug der pfandrechtlich versicherten Forderung auch seine chirographarische Forderung aus der hyperocha vornweg zu tilgen. Er stützte sich wohl darauf, daß der Nachhypothekar die hyperocha mit der actio pigneratitia in personam einfordere, die an und für sich dem Verpfänder zusteht, daß ihm also die gleiche Aufrechnung wie diesem gemacht werden könne. Tryphonin verneint die Zulässigkeit einer solchen Aufrechnung chirographarischer Forderungen des Pfandverkäufers dem Nachhypothekar gegenüber, freilich nur für den zunächst vorliegenden Fall der Begründung solcher Ansprüche noch nach Constituirung der Nachhypothek. Er wagt nicht weiter zu gehen. Er stützt sich darauf, daß der Nachhypothekar ja auch vor dem Verkauf durch Angebot blos der pfandrechtlich versicherten Summe an den A., sich das Pfand und damit die hyperocha verschaffen konnte. Heutzutage, nachdem sich das Recht der zweiten Hypothek mehr und mehr consolidirt hat, ist es nicht mehr fraglich, daß der Nachhypothekar hinsichtlich der hyperocha auch vor älteren chirographarischen Forderungen des Primus den Vorzug genieße.

Das Recht des ersten Pfandgläubigers, sich aus der hyperocha beim Pfandverkauf wegen Chirographarforderungen bezahlt zu machen, gewöhnte an den Gedanken, daß die Pfandsache auch für solche Forderungen eine gewisse Deckung verleihen könne. Die Retention der Pfandsache — auch wenn es nicht zum Verkauf kam — schien eine naheliegende Consequenz, die um so eher Eingang finden konnte, als ihr die innern Gründe der Billigkeit und Zweckmäßigkeit, die wir nachzuweisen suchten, zur Seite standen.

§ 93. Fortsetzung. Voraussetzungen des Retentionsrechts.

Die bisher entwickelten allgemeinen Gesichtspunkte müssen uns leiten, wenn wir uns jetzt zu den mannichfachen controversen Fragen, über die Voraussetzungen, wie den Umfang und die Wirkungen dieses Retentionsrechts wenden. — Was die Voraussetzungen desselben betrifft, so ist zu bestimmen, wegen welcher Forderungen retinirt werden darf, sowie in welcher Stellung der Gläubiger zum Pfand stehen muß, um die Retention zu exerciren.

Digitized by Google

1) Welcher Qualität muß die Forderung sein, um eine Retention zu rechtfertigen? Das Gesetz spricht in der Ueberschrift, sowie in seinem Tenor von chirographaria pecunia, einmal sogar schlechthin von pecunia, quae sine pignore debetur, dann aber erklärt es die Retention für rechtlich begründet, hinsichtlich der Summe, quam mutuam simpliciter acceperunt. Kann demnach nur wegen Darlehnsforderungen retinirt werden? [1]) Wir müssen, um diesen verschiedenen Aeußerungen gerecht zu werden, annehmen, daß unsere Retention zunächst und hauptsächlich für Darlehensschulden eingeführt war, daß es sich im concreten von Gordian entschiedenen Fall eben nur um ein Darlehen handelte, daß aber auch sonst die Retention Platz greift, wo der Pfandbesitzer dem Verpfänder chirographarisch Geld creditirt hat.

Eine Ausdehnung auf Geldschulden anderer Art, etwa solche, die in Folge eines Delicts oder des Gesetzes entstanden, scheint nicht gerechtfertigt. Der Text unserer Constitution spricht nicht für dieselbe; es fehlt aber auch theilweise an den Gründen, welche die Retention wegen des Creditirens als billig erscheinen lassen, insbesondere die Pflicht der Rücksicht, welche dem Schuldner gegenüber dem Creditor obliegt, der ihm den Dienst eines Creditirens auf Handschrift erwies [2]).

Noch weniger wird sich eine Ausdehnung dieses Retentionsrechts auf Schulden, deren Object nicht Geld ist, rechtfertigen lassen [3]). Wäre es zum Pfandverkauf gekommen, so hätte wegen solcher Schulden eine Compensation mit der hyperocha nicht stattfinden können, es wird daher auch die Retention vor dem Verkauf, — die sich historisch an jenes Compensationsrecht anschloß — ihretwegen keine Anwendung finden. Auch beschränkt das Wort unserer Verordnung die Retention

---

1) Hiefür scheint Gesterding Pfandrecht S. 164. Dagegen u. A. Bangerow I. § 382, 3).

2) Es war dies bereits eine Streitfrage unter den Glossatoren Haenel dissens. domin. p. 493. Pignus etiam ob aliud debitum quam chirographarium retineri posse? Dafür war Placentinus, andere dagegen. Für die Ausdehnung Negusantius p. V. m. 3 n. 46. Fritz Erleut. S. 492 u. A.

3) A. Anf. Glosse l. c. Item quid si alia res est, quae debetur? Resp. idem, cum omnes res appellatione pecuniae contineatur. Die Ansicht der Glosse ist auch die von Negusantius p. V. m. 3 n. 47 (nach Cynus und Bartolus, während Salicetus opponirte.)

Digitized by Google

auf Geldschulden und eine Gleichstellung anderer Objecte mit Geld läßt sich stets nur aus besondern Gründen rechtfertigen.

Auch darüber ist man nicht einig, ob blos naturale Forderungen unserer Retentionseinrede zur Basis dienen können. Es läßt sich dagegen einwenden, daß unsere Retention in manchem Betracht ein noch stärkeres Zwangsmittel ist als die Klage, daß ja gerade ein Zwang zur Erfüllung mit der naturalis obligatio unverträglich scheint [4]). Indessen ist doch auch das Recht der Compensation mit manchen natürlichen Obligationen anerkannt. Wo aber die Compensation zulässig wäre, da ist auch die Anwendung unserer Retention völlig unbedenklich. Die verschiedenen Arten der natürlichen Obligationen haben eben verschiedene Wirkungen. Einige haben nur insofern Existenz, als sie gezahlt und anerkannt werden können, andere haben sämmtliche Rechtswirkungen der gewöhnlichen Obligation mit Ausnahme der Klage. Zu den Ansprüchen der ersten Art gehören und sind also der Retention nicht fähig, die natürliche Obligatio des Pupillen, die Obligation, die nach einem ungerecht freisprechenden Urtheil übrig bleibt. Wir werden auch wohl die Forderung, der das S. C. Macedonianum entgegensteht, zu derselben Classe rechnen müssen, indem sonst der Zweck des Senatusconsults nicht selten verfehlt würde.

Ist die Retention nur wegen fälliger chirographarischer Ansprüche oder auch wegen betagter und bedingter zulässig? Man hat das Letztere wenigstens für den Fall behauptet, daß der Schuldner in Verfall geräth und verschwendet [5]). Wir müssen die Retention wegen noch nicht fälliger Forderungen verwerfen, da in derselben ein indirecter Zwang zur Tilgung einer Schuld zu sehen wäre, deren Erfüllung dem Schuldner noch nicht obliegt; daher wäre auch eine Compensation im Fall eines Pfandverkaufs ausgeschlossen. Hingegen bleibt es dem Pfandbesitzer entnommen, einen Arrest auf das noch in seinen Händen befindliche Pfandobject legen zu lassen, falls die Voraussetzungen eines solchen vorhanden sind. Die Obrigkeit kann dann nach Lage der Umstände die Sache beim Creditor belassen oder auch in gerichtliche Verwahrung nehmen.

Aus dem Wort der Verordnung ergiebt sich, daß Gordians

4) Sieh oben Bd. I. S. 557. Dagegen Weber natürl. Verb. § 108. Fritz Erl. S. 492.

5) Negusantius p. V. m. 3 n. 48. v. octavo. arg. l. quaesitum D. 20, 1.

Digitized by Google

Retention sowohl dann anwendbar ist, wenn die chirographarische Forderung erst nach Constituirung des Pfands begründet wurde, als wenn sie vorher oder nachher entstand. Dagegen kann sie nicht eingreifen, wenn die Pfandberechtigung des Gläubigers im Augenblick der Entstehung der chirographarischen Forderung bereits erloschen, etwa die Pfandschuld getilgt ist [6]).

Gordian spricht nur von der Retention für chirographarische Forderungen. Steht aber der chirographarischen eine Obligation gleich, die durch Pfänder oder Bürgen versichert wurde, wenn diese Sicherungsmittel ungenügend sind? Nach dem Grund unseres Gesetzes wird man auch hier das Retentionsrecht eintreten lassen, für den Betrag, der wie der Retinirende zu erweisen hat, durch die gestellte Caution nicht gedeckt ist. Die Härte, daß der Creditirende das in seinen Händen befindliche Executionsobject herausgeben soll, wäre hier eben so groß, wie wenn die Forderung rein chirographarisch wäre [7]). Dagegen kann der Gläubiger das für die eine Forderung gestellte Pfand wegen einer andern Forderung nicht retiniren, wenn er ohne Zustimmung des Schuldners die für diese bestimmten Sicherungsmittel remittirte, z. B. ein anderes Pfand seiner Haftung entließ, Bürgen liberirte; es trifft hier den Creditor selbst eine Art von Schuld, wenn er nicht durch Verfolgung der zunächst angewiesenen Mittel zu seinem Gelde kam.

Mehr oder minder zweifelhaft ist die Anwendung des Retentionsrechts auch in Fällen, in welchen erst durch Cession Pfand und Chirographarforderung in eine Hand kam.

Es ist einmal denkbar: der Hypothekar erwirbt durch Cession die Chirographarforderungen gegen seinen Verpfänder [8]). Der Cedent hätte ein Retentionsrecht nicht gehabt, soll es nun der Cessionar üben können? Wir meinen, allerdings. Es bleibt eine Unbilligkeit, wenn der Schuldner seine Schulden nicht zahlt und dem Cessionar das mögliche

---

6) Bangerow l. c. § 382.

7) So Negusantius p. V. m. 3 n. 49. Sintenis Pfandrecht S. 244. Schenck Retentionsrecht S. 263 nimmt an, das Retentionsrecht sei erst dann anwendbar, wenn die anderweite Forderung durch Unzulänglichkeit ihres Pfands leer ausgegangen und so bereits zur chirographarischen geworden sei.

8) Gegen ein Retentionsrecht in solchem Fall Schenck S. 260 signde. Bangerow § 382 3). Früher Negusantius p. V. m. 3 n. 49. Er verneint das Retentionsrecht, quia l. unica loquitur, quando ambae obligationes trahunt originem ex persona unius tantum.

Digitized by Google

Executionsobject wegzunehmen sucht. Dieser würde, wenn es zum Pfandverkauf gekommen wäre, auch die cedirten Forderungen aus der hyperocha abtragen. Ebenso möchte das Retentionsrecht statthaft sein, wenn der chirographarische Creditor sich — vielleicht gerade um sie zu retten — die Pfandforderung cediren und den Besitz des Pfandes sich vom Cedenten übertragen läßt. Der Schuldner tritt hier gerade der Person gegenüber, die ihm chirographarisch creditirt hat und begeht offenbar ein Unrecht, wenn er diesem das Pfandobject vor Zahlung der Schulden wegnehmen will. Unzweifelhaft steht endlich das Retentionsrecht dem Cessionar dann zu, wenn ihm der Cedent seine chirographarischen Forderungen übertragen und zugleich ein wegen einer andern Forderung constituirtes Pfand übergeben hat, in welchem der Cedent bereits eine Deckung sah. Der Cessionar nimmt hier nur die Stelle des ursprünglichen Creditors ein und vertritt dessen Rechte. Diese für die Cession ausgeführten Grundsätze gelten auch für den Erwerb von Forderungen durch Erbgang.

Sehr bestritten ist das Recht der Retention auch dann, wenn Jemand intercedirend für die Schuld eines Andern seine Sache verpfändet hat. Zwar das liegt auf der Hand, daß der Gläubiger kein Retentionsrecht wegen anderer Schulden des Debitors, für welchen der Pfandbesteller intercedirte, geltend machen kann. Ob das Retentionsrecht aber nicht wegen chirographarischer Schulden des Verpfänders selbst an den Pfandnehmer stattfindet? Manche verneinen dies, weil jura singularia nicht auszudehnen seien [9]). Uns scheint aber die Billigkeit der Retention, die inneren Gründe unseres Rechtsinstituts auch hier zuzutreffen; der chirographarische Schuldner handelt unrecht, wenn er seinem Gläubiger ein Deckungsmittel entzieht, das er als Pfand von ihm in Händen hat; wäre dieser zum Pfandverkauf geschritten, so hätte er sich auch wegen solcher Posten compensando befriedigt.

2) Der Retinent muß sich zweitens — dies ist die Basis des Retentionsrechts — im Besitz einer seinem chirographarischen Schuldner gehörenden Pfandsache befinden. Es ist aber nicht nothwendig, daß ein Faustpfand bestellt war, auch der Hypothekar, welcher in den Besitz des Pfandes gelangte, kann das Retentionsrecht exerciren [10]). Hiefür spricht schon der Wortlaut der Constitution (si in possessione fueris

9) Gegen die Retention in solchem Fall Schenck S. 260. Bangerow § 382; für dieselbe Fritz Erleut. S. 494. Sintenis l. c. S. 243 not. 2.

10) Hiefür auch die meisten Neuern Fritz Erleut. S. 491. Bangerow § 382 2). Puchta § 204 not. e. Arndts § 377.

Digitized by Google

constitutus) und ein Grund zur Beschränkung der Retention auf Faustpfänder existirt nicht [11]).

Manche, die das Retentionsrecht auf eine stillschweigende Convention der Partheien zurückführen, lassen es nur bei den Arten von Pfändern zu, die auf einem Vertrag der Partheien beruhen [12]). Uns muß dieser Umstand irrelevant scheinen, auch bei testamentarischen und gesetzlichen Pfandrechten die Retention zulässig sein. Natürlich muß aber auch hier der Creditor im Besitz der Pfandsache sein und dieß ist z. B. nicht der Fall beim gesetzlichen Pfandrecht des Vermiethers eines Gebäudes an den Mobilien des Miethers, selbst wenn es bereits zu einer Perclusion derselben in der Wohnung gekommen ist [13]). Erst nachdem der Vermiether in den juristischen Besitz derselben — etwa durch eine actio hypothecaria oder das interdictum Salvianum — gelangte, kann von Gordians Retentionsrecht die Rede sein.

Völlig unanwendbar ist diese Retention beim pignus ex causa judicati captum, da hier nicht der Creditor, sondern das Gericht in den Besitz kommt und dieses keineswegs als Vertreter des Creditors erscheint [14]). Aber auch dem Creditor, der in ein pignus praetorium immittirt ist, wird man die Retention versagen, da der Schuldner hier im Besitz bleibt, der Creditor nur Mitbesitz oder genau gesprochen, Detention hat [15]), ein Verhältniß, welches dem Fall nicht gleichsteht, in welchem der Pfandschuldner den Besitz der Pfandsache völlig verloren hatte. —

Zweifelhaft ist endlich, ob nur der erste Gläubiger oder ob auch ein Nachhypothekar, der zufällig im Besitz ist, unser Retentionsrecht beanspruchen kann [16]). Die Constitution unterscheidet nicht und es fehlt in der That an einem Grund, dem Nachhypothekar diese Befugniß abzusprechen.

---

11) Hat der Faustpfandgläubiger die Sache dem Debitor precario überlassen, so kann dieser sich durch Oblation der Pfandsumme liberiren; das Retentionsrecht ist unanwendbar. Negus. p. V. m. 3 n. 49. v. tertio.

12) Für die Beschränkung auf Conventionalpfandrechte u. A. Erxleben de pign. § 202. Glück Bd. 15 S. 131. Gesterding S. 164. Dag. Fritz l. c. Bangerow l. c.

13) cfr. l. 56 D. locati 19, 2. A. Anf. Bartolus l. solutam D. de p. a.

14) Bd. I. S. 418.

15) Bd. I. § 51 S. 401 ff.

16) a. Anf. Mühlenbruch Cession S. 575. vgl. aber Sintenis l. c. S. 244 not. 3. Bangerow l. c.

Digitized by Google

Wie dem Pfandgläubiger so hat man auch dem Käufer, der ein pactum de retrovendendo schloß, das gleiche Retentionsrecht zugestanden und behauptet, daß derselbe nicht nur Angebot des Preises, sondern auch Ersatz seiner sonstigen chirographarischen Ansprüche gegenüber seinem Verkäufer fordern könne, ehe er zur Rückgabe genöthigt sei.[17]) Diese Ausdehnung ist ungerechtfertigt, da der Kauf mit Wiederkauf keineswegs, wie die Pfandbestellung, reines Sicherungsgeschäft ist.

Einige Worte sind über den Verzicht auf dies Retentionsrecht hinzuzufügen. Derselbe kann natürlich nicht nur direct ausgesprochen, sondern auch indirect erklärt werden. Einen indirecten Verzicht hat man angenommen[18]), wenn gleichzeitig die Contrahirung mehrerer Schuldposten, z. B. von tausend und von fünfhundert Thalern erfolgte, für die Schuld von tausend ein Pfand gegeben wurde und ausdrücklich ausgemacht war, daß das Pfand bei Zahlung der Tausend jederzeit zurückzugeben sei. Dies mit Recht, denn aus einer solchen Stipulation ist die Absicht herauszulesen, daß die Pfandsache mit der Schuld von fünfhundert in keinerlei Beziehung treten solle. Aehnliches wäre zu präsumiren, wenn die Existenz einer älteren Schuld von fünfhundert beiden Theilen bekannt war und sie einen Vertrag besagten Inhalts wegen einer spätern Schuld von Tausend abschlossen.

Anders, wenn nach Abschluß eines solchen Pfandvertrags dem Gläubiger eine chirographarische Forderung erwuchs. Man kann nicht präsumiren, daß der Gläubiger im Moment der Verpfändung auf ein Rechtsmittel für eine Forderung verzichtete, an deren Erwerb er noch gar nicht dachte.

Mit Unrecht behaupten Manche, in der vorbehaltlosen Entgegennahme der Zahlung der versicherten Forderung sei ein Verzicht auf das Retentionsrecht wegen anderweiter chirographarischer Ansprüche zu sehen[19]). Der Creditor muß die Zahlung der versicherten Forderung — wenn sie nur vollständig angeboten wird — annehmen, aus diesem Act, den er nicht abweisen kann, dürfen nicht Schlüsse auf einen angeblichen Verzicht gemacht werden.

---

17) A. Faber Codex 8, 16 def. 4. Dag. Schenck Retentionsrecht S. 266.

18) Faber Codex 8, 16 def. 3.

19) Cocceji jus contr. XX. 1 qu. 17 mit Berufung auf l. 11. D. de p. a. 13, 7, die unser Retentionsrecht noch nicht kannte. Dagegen Fritz S. 492 ff.

Digitized by Google

§ 94. Umfang des Retentionsrechts.

Wie die Voraussetzungen der Retention, so ist auch Umfang und Wirkung derselben vielfach zweifelhaft. Feststeht, daß unsere Retention die Stärke eines Pfandrechts nicht erreicht. Der Retinent kann daher, wenn einmal die versicherte Forderung abgetragen oder auch offerirt und deponirt ist, nicht verkaufen [1]). Er muß vielmehr den Schuldner aus dem Chirographum verklagen und dann die in seinen Händen befindliche Pfandsache als Executionsobject in Beschlag nehmen lassen. In der Zwischenzeit setzt der Retinent den Pfandbesitz fort — die Retention giebt nicht immer bloße Detention, sie besteht hier in der Fortsetzung des bisherigen Verhältnisses — auch haftet der Retinent nach wie vor für culpa und custodia der Pfandsache. Kann er die Früchte und die Nutzung gewinnen und auf die chirographarischen Forderungen abrechnen? Er ist vor wie nach zum Ziehen der Früchte verpflichtet und berechtigt und compensirt natürlich den Ertrag. Eine actio hypothecaria steht ihm nicht zu, verliert er daher den Besitz, ohne daß die possessorischen Interdicte, die ihm verbleiben, Abhülfe schaffen können, so geht das Retentionsrecht zu Grunde [2]).

Das Retentionsrecht kann entgegengestellt werden dem Schuldner und seinen Erben. Dagegen hat es, wie die Constitution ausdrücklich hervorhebt, nicht Statt gegen einen zweiten Pfandgläubiger; dieser soll nicht genöthigt sein, dem ersten mehr als die Pfandschuld zu offeriren. Zwar hat man dies für den Fall geleugnet, daß die Chirographarschuld schon damals geschuldet war, als der zweite Pfandgläubiger contrahirte [3]). Das einmal erworbene Recht der Retention des Pfandes werde ja sonst durch einen Contract mit einem Andern geschmälert. Allein die Constitution verwirft offenbar jedes Rückhaltungsrecht gegenüber dem Secundus; es ist eben dieses Recht von Anfang an nur ein precäres, das durch eine zweite Verpfändung stets illusorisch gemacht werden kann; wollte sich der Creditor wegen des Chirographums ein unanfechtbares Recht verschaffen, so mußte er sich durch Pfandbestellung zu sichern suchen. —

Keine Entscheidung findet sich für den allerdings nicht gleich häufi-

---

1) Vgl auch Fritz l. c. S. 494 schon die Glosse q. ad h. l.
2) a. Anf. Glosse q. ad h. l.
3) Faber Codex 8, 16 def. 2.

Digitized by Google

gen Fall, daß ein Dritter Eigenthümer des Pfandes geworden ist und nun vom Pfandgläubiger vindicirt. Es kann dies durch Legat geschehen sein oder durch Tradition vom Verpfänder zu einer Zeit, als der Hypothekar noch nicht im Besitz war. Uns scheint der Eigenthümer, wie der zweite Pfandgläubiger nur zur Abtragung der Pfandschuld, nicht der chirographarischen Forderungen des Besitzers verpflichtet. Er vindicirt aus eignem Recht, nur entgegenstehende dingliche Rechte können seine Befugniß schmälern, auch nicht einmal eine moralische Verpflichtung zur Abtragung chirographarischer Schulden des frühern Autors existirt [4]). — Anders steht die Sache, wenn der Schuldner die actio pigneratitia in personam oder seine rei vindicatio cedirt. Dem Cessionar kann dieselbe Einrede opponirt werden wie dem Autor.

Noch bestrittener ist die Frage, die auch praktisch von größter Wichtigkeit ist, ob der Creditor heuzutage von der Retention wegen chirographarischer Forderungen der Masse gegenüber Gebrauch machen könne, wenn der Schuldner in Concurs geräth.

Zur Verneinung beruft man sich meist auf die attractive Natur des deutschen Concursprozesses [5]). Mit dieser sei der Fortbestand dieses Retentionsrechts unvereinbar. Wie aus jenem Princip anerkannter Weise die dem römischen Rechte fremde Verpflichtung der hypothekarischen Gläubiger sich im Concurs ihre Befriedigung zu holen hervorgehe, ebenso müsse daraus auch die Verpflichtung der Faustpfandgläubiger zur Ablieferung der Pfänder in die Masse und zur Einlassung in den Concurs gefolgert werden. Mit Recht erwidert man hiergegen [6]), jener prozessualische Grundsatz könne nicht dazu mißbraucht werden, materielle in den Rechten begründete Ansprüche zu beseitigen. Die hypothekarischen Gläubiger verlieren dadurch, daß sie in den Concurs verwiesen werden, bei gehöriger Meldung nicht das Mindeste, behalten vielmehr ihr Vorzugsrecht, diese Analogie kann also nicht dazu dienen, dem Chirographargläubiger — ohne ihm vollständigen Ersatz zu geben — ein Deckungsmittel aus den Händen zu winden, das ihm vorzügliche

4) So auch Fritz l. c. S. 495. a. Anf. Negusantius p. V. m. 3 n. 47 v. quinto.

5) Martin Lehrb. § 322. Schenck in Lindes Zeitschrift Bd. 13 S. 75. Bayer Concursprozeß § 28. Schmidt Civilprozeß Bd. III. § 209 Anm. 33 u. dort Cit.

6) Walch controv. jur. sect. IV. c. 3 m. 2 subs. 1 § 3. Spangenberg Lindes Zeitschrift Bd. V. S. 196 ff. Pfeiffer Prakt. Ausf. II. 3. und VII. 11. Bangerow Pand. § 382. Sintenis Pfandr. S. 246. Zimmermann im Archiv Bd. 39 S. 350 ff. Fuchs Concursverfahren S. 42.

Digitized by Google

Befriedigung gewährt hätte. Indessen, abgesehen von jenem prozessualischen Grundsatz, ist die Frage der Untersuchung werth, ob nicht nach materiellen Rechtsprincipien unser Retentionsrecht im Concurs wegfallen müsse. Und dies zu bejahen nehmen wir keinen Anstand.

Der Retinent kann nicht um der innern Natur der Forderung willen ein Vorzugsrecht für sein Chirographum vor andern Chirographarien behaupten; ebensowenig hat er vom Schuldner ein dingliches Recht zu einer Zeit, in der dieser noch dispositionsfähig war, erhalten. Sein Retentionsrecht hat seinen Grund nur darin, daß es ungehörig vom Schuldner wäre, dem Creditor die factische Innehabung eines Objects zu entziehen, das im Fall der Execution der Befriedigung dienen könnte. Dieser Gesichtspunkt kann aber nicht zur Geltung kommen, wenn es sich um eine Collision des Chirographars mit andern Chirographarien handelt. Das Gläubigercorps ist, wie man auch sein Recht an der Concursmasse fassen mag, in einer ähnlichen Stellung wie ein nachfolgender Pfandgläubiger oder auch ein Erwerber der Pfandsache. Es kann ihm nicht als Dolus vorgeworfen werden, wenn es die Pfandsache durch Tilgung der versicherten Forderung auslöst.

Es steht mit diesem Retentionsrecht also ganz anders, als mit dem Recht der Retention wegen Verwendungen auf eine Sache. Daß dieses wie einem Successor des Eigenthümers, so auch der Concursmasse entgegengestellt werden kann, scheint uns über allen Zweifel hinaus richtig, weil es eben an der Sache haftet [7]), während Gordians Retentionsrecht nur auf einer Beziehung zur Person des Schuldners beruht [8]).

---

7) a. Anf. freilich Groskopff Retention S. 92 flgnde.

8) Wo sich dagegen das Retentionsrecht wegen chirographarischer Forderungen zu einem wahren Pfandrecht ausgebildet hat, muß es auch im Concurs zur Anwendung kommen. Brinkmann Handelsrecht I. § 32. Ebenso verhält es sich seinem Zweck entsprechend mit dem Retentionsrecht des deutschen Handelsgesetzbuchs art. 314.

Digitized by Google

Drittes Hauptstück.

Der Pfandverkauf.

§. 95. Einleitung [1]).

An praktischer Wichtigkeit und Bedeutung, in Feinheit der Ausbildung des Details und in Consequenz bei Durchführung der Grundgedanken überragt das Recht zum Pfandverkauf alle andern Befugnisse des Pfandgläubigers [2]). Dieses Recht, das Pfandobject in Geld umzusetzen und sich hieraus bezahlt zu machen, ist ein wesentliches Attribut des Pfandrechts [3]), es ist gleich wichtig bei der Verpfändung von Rechten, wie von körperlichen Sachen, während das Recht auf Besitz und die actio hypothecaria nur dem Pfand an körperlichen Sachen angehört.

Es ist früher gezeigt worden, wie das Verkaufsrecht — im Gegensatz zur fiducia — dem nackten Vertragspfand, das sich erst allmählig aus schwachen Anfängen entwickelte, ursprünglich fremd war, wie man es später dem Creditor nur dann zugestand, wenn er sich die Erlaubniß zum Verkauf besonders ausbedungen hatte, wie es aber endlich zu einem so nothwendigen Bestandtheil des Pfandrechts geworden ist, daß es selbst durch ausdrücklichen Vertrag dem Creditor nicht ganz entzogen werden kann. Wie ein äußeres, so zeigt die Theorie des Pfandverkaufs aber auch ein inneres Wachsthum. Zwei Auffassungsweisen lösten sich ab, ja traten in einen Kampf. In den wichtigsten Einzelfragen ist ihr Streit längst geschlichtet, aber noch heute kann principiell die siegende Ansicht nicht zu ihrem vollen Recht und ungeschmälerter Anerkennung kommen.

Woher stammt, das ist die Grundfrage, die hier die Theorie zu lösen hat, die Macht des Gläubigers, der doch Nichteigenthümer ist, die

---

1) Literatur Negusantius de pignoribus p. VI. m. 1. Bachov de pign. lib. III. cap. 22 flgende. Berger de jure distr. pign. in dissert. select. Lips. 1707. p. 1 ff. Erxleben de pign. § 170–200. Glück Bd. 19 S. 382 ff. v. Wening-Ingenheim in Lindes Zeitschrift Bd. I. S. 353. Müller civil. Abhandl. n. 3. Fritz Erläut. S. 455 ff. Bachofen Pfandrecht I. S. 157 ff. Platner im Archiv für c. Pr. Bd. 32. n. 4. Wangerow I. § 379. Schmid Grundlehren der Cession § 23 ff.

2) Ueber die geschichtliche Entwicklung des Rechts zum Pfandverkauf vgl. Bd. I. S. 84 ff.

3) Ist Geld versetzt, so ist natürlich ein Verkauf, der nur den Umsatz in Geld zum Zweck hat, unnöthig. Gesterding Ausb. Bd. 4. S. 12.

Digitized by Google

fremde Sache zu veräußern und durch Verkauf und Tradition Eigenthum zu verleihen. Kann doch sonst Niemand mehr Rechte übertragen als er selbst besitzt und kann doch regelmäßig unser Eigenthum nur durch unsern Willen uns entfremdet werden. Der ältern römischen Rechtsschule — als ihr dies Bedenken aufstieß — genügte Folgendes. Der Verpfänder hat dereinst bei der Verpfändung zugestimmt, daß der Creditor veräußere, man hat nur anzunehmen, daß dieser Wille noch heute — beim Verkauf — fortdauere. Eben deßhalb verlangte man lange Zeit so ängstlich den Abschluß eines besondern pactum de vendendo [4]). Danach ist gewissermaßen der Verpfänder selbst die Person, von der die Tradition der Pfandsache ausgeht und der Pfandgläubiger handelt nur als dessen Vertreter und als Executor seines Willens. Eine solche Fiction entsprach dem Geist der älteren Jurisprudenz, die mehr äußerlich den Rechtsstoff zu ordnen als innerlich nach seinen Grundgedanken zu beherrschen wußte. Noch Gajus trägt in seinen Institutionen, wenn auch offenbar schwankend und zweifelnd, diese Erklärung, besser gesagt, diese Fiction vor.

> Gaj. II. 64. Ex diverso agnatus, furiosi curator, rem furiosi alienare potest ex lege XII tabularum; item procuratori (rem alienam distrahere permittitur ex mandatoris voluntate) [5]); item creditori pignus ex pactione: quamvis ejus ea res non sit: sed hoc forsitan ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur.

Das war zunächst eine Formel der Schule. Ganz konnte es aber an Versuchen nicht fehlen, sie auch praktisch zu verwerthen. Der Zweifel, der immer wieder auftaucht, ob der Schuldner nicht durch Denunciationen und Protestationen den Verkauf des Pfands durch den Gläubiger hindern könne, fand in ihr reichliche Nahrung. Vielleicht wurde

---

4) Vgl. Bd. I. S. 84.

5) Die Ergänzung ist, da die Züge im Einzelnen nicht entziffert sind, verschieden, wenn auch der Sinn im Allgemeinen nicht zweifelhaft ist. Boecking ergänzt scilicet si libera sit ejus administratio. Huschke liest jurispr. antejustinana: procurator rem ejus a quo rerum administratio data est. Gajus hebt im ersten Glied durch ex lege im dritten durch ex pactione den Grund der Veräußerung hervor und hat Aehnliches wahrscheinlich auch im zweiten gethan. Auch schließt sich unsere Ergänzung näher an die Schriftzüge an.

Digitized by Google

durch sie Atilicinus (etwa unter Tiberius) zur Annahme bestimmt, daß der Creditor unter Umständen vom Schuldner zum Verkauf genöthigt werden könne [6]). Natürlich! Wenn der Creditor beim Verkauf nur den Willen des Schuldners realisirt, so mag er auch von ihm Anweisungen empfangen und genöthigt werden, ihnen Folge zu leisten. —

Aber gerade bei solchen Versuchen zeigte es sich, wie jenes Dogma mit der Realität des Verhältnisses und der wirklichen Partheiintention durchaus im Widerspruch steht. Was ist, mußte man sich fragen, der Wille der Contrahenten bei Einräumung des Verkaufsrechts? Gerade daß der Gläubiger die Sache ohne Zustimmung des Debitors, selbst gegen dessen Willen verkaufen kann, daß dieses Verkaufsrecht unabhängig von dem Recht des Debitors fortbesteht, auch nachdem dieser veräußert oder ein Dritter usucapirt hat. Alles das erkennt das Recht an. Sollen wir nun gerade das Entscheidende und Charakteristische des Verhältnisses durch eine schwächliche und unzureichende Fiction nicht erklären, sondern verdecken? Und läßt sich practisch das Verkaufsrecht so behandeln als verkaufe ein Procurator? Das geht in allen wesentlichen Beziehungen nicht an. Die römische Jurisprudenz hat sich mit ihrem gesunden practischen Tact hieran nicht irre machen lassen. Die Selbstständigkeit, welche die Jurisprudenz dem Pfandverkauf zuschrieb, der Gegensatz zu dem bloßen Vertretungsverhältniß wird vielmehr eine der anziehendsten Seiten in unsrer Darstellung bilden [7]). So ist von einer actio institoria oder quasi institoria des Käufers gegen den Verpfänder auch nicht entfernt die Rede, was doch der Fall sein müßte, wenn der Verpfänder Auftraggeber, der Pfandgläubiger Procurator wäre. Wie scharf zeigt sich der Gegensatz auch in Folgendem! Wenn der Procurator die Sache, welche er zu verkaufen hat, dolöserweise verschleudert, so ist die Uebertragung nichtig, wenn hingegen der Pfandgläubiger mit dem Käufer behufs wohlfeilen Verkaufs colludirt, so geht

---

6) l. 6 D. de pign. act. 13, 7.

7) Allerdings ist das Axiom, daß der Pfandgläubiger procuratorio nomine verkaufe seit Jahrhunderten festgewurzelt, vgl. Negusantius p. VI. m. 1. n. 13 quando creditor vendit pignus, censetur vendere ipse debitor u. A. Wening. l. c. S. 367. Glück Pand. Bd. 19 S. 391. Bd. 17 S. 78. Gesterding Pfandrecht § 76. Sintenis Pfandrecht S. 513 Anm. 7. Keller Pand. §. 200. vgl. dagegen Trotsche das Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers S. 11 ff. Schneider in der Sächs. Zeitschrift für Rechtspflege n. F. Bd. 12 S. 396 flgnde. Fitting Rückziehung S. 73 Anm. 110. Bangerow Pandekten 7. Aufl. I. § 379.

Digitized by Google

doch durch den Pfandverkauf Eigenthum auf den Empfänger über. Das beweist, daß auch die beschränkte Fassung, welche Puchta[8]) der Fiction von Gajus gab „gegenüber dem Käufer wird der Gläubiger als Procurator des Verpfänders betrachtet" unrichtig ist. Andere Erscheinungen, welche deutlich bezeugen: der Pfandgläubiger handelt aus eignem Recht, er ist nicht Träger eines fremden Willens, werden uns in der Folge in großer Anzahl begegnen.

Die Sätze dagegen, die man gewöhnlich dafür anführt, daß der Pfandgläubiger als Procurator des Pfandschuldners zu betrachten sei, beweisen dies in keiner Weise. Es ist richtig, daß er auf den Pfandkäufer nicht sein Recht, sondern Eigenthum überträgt. Doch nicht Jeder, welcher zum Verkauf einer fremden Sache befugt ist, kann als Procurator des Eigenthümers gelten; als solcher ist z. B. nicht aufzufassen der magister bonorum, welcher nach klassischem Recht die Concursmasse verkaufte. Auch gilt der Fiscus, welcher fremde Sachen zu veräußern im Stande ist, keineswegs als Procurator des Eigenthümers. Ebensowenig kann die Zurückführung des Pfandrechts auf die Procuratur dadurch gerechtfertigt werden, daß der Gläubiger wie der Mandatar für omnis culpa haftet, die nämliche Haftung tritt noch in vielen andern Verhältnissen ein und die nähere Betrachtung wird ergeben, daß sich trotz des gleichen Grades der Haftung die Pflicht des Mandatars und des Gläubigers wesentlich differenzirt. Um die Identificirung des Rechts zum Pfandverkauf mit einem Mandat zu begründen, weisen die Neuern darauf hin, daß wenn das vom Pfandgläubiger verkaufte Pfand evincirt wird, nicht der Pfandgläubiger, sondern der Pfandschuldner wegen der Eviction in Anspruch zu nehmen ist. Daß dies Argument nicht zutrifft, ja daß die Ordnung der Evictionsverhältnisse gerade gegen die hier bekämpfte Ansicht beweist, wird später ausführlich dargethan werden.

Demgemäß konnte die römische Jurisprudenz, seit sie sich freier und sicherer fühlte, jener Fiction nicht länger huldigen. Sie bedurfte auch dieser Stütze nicht mehr. Denn man hatte erkannt, was man früher nur instinctiv gefühlt und befolgt hatte, daß das Pfandrecht ein eigenthümliches dingliches Recht an einer fremden Sache gewähre. Nun genügte die Erklärung vollkommen, das Recht zum Pfandverkauf ist ein Bestandtheil des eigenthümlichen dinglichen Rechts

8) Puchta Pand. § 205 not. h. So auch Gesterding S. 198.

Digitized by Google

des Gläubigers an fremder Sache. Wie der, welcher die Servitut hat, über des Nachbars Grundstück zu gehen, zu reiten und zu fahren, diese Handlungen nicht vornimmt in Folge des Willens des jetzigen Eigenthümers, sondern auf Grund seines dinglichen Rechts, so verhält es sich auch mit dem Pfandverkauf. Der Gläubiger verkauft aus eignem Recht wie aus eignem Interesse. Das hebt Papinian klar hervor wenn er erklärt: in venditione, quae jure pignoris est facta, suum creditor negotium gerat [9]). Ulpian findet, daß die Creditoren, indem sie debitoris fundum vendunt, doch jus suum exsequuntur [10]); Paulus spricht aus, daß der Creditor jure suo das Pfand verkauft [11]). Allerdings läßt derselbe Jurist in l. 29 D. fam. erc. 10, 2 die Aeußerung fallen, quod creditor egit pro eo habendum est ac si debitor per procuratorem egisset; aber dies kann gewiß nicht zum Beweis dienen, daß der Creditor beim Pfandverkauf als Procurator des Verpfänders erscheine [12]). Denn Paulus bedient sich nur einer Vergleichung, eines Bildes und dann handelt er hier durchaus nicht vom Pfandverkaufe, sondern von einem Auskaufe der Mitcreditoren durch den Mitcreditor.

Die Fiction, auf die Gajus den Pfandverkauf stützte, ist bei den späteren classischen Juristen geschwunden; dagegen kehrt sie noch einmal wieder in den kaiserlichen Institutionen Justinians. Die Compilatoren haben eben ihren Führer Gajus hier wörtlich ausgeschrieben und der allezeit getreue Paraphrast Theophilus wiederholt sie noch einmal seinen Zuhörern in folgender Weise:

> Si quis tamen rem diligentius inspiciat, nihil miri contingit: videtur enim ei debitor, qui dominus est, vendere, qui pacto creditori . . vendere permittit.

Müssen wir sie nun, weil sie so nochmals im justinianeischen Gesetzbuch auftaucht, unserer Darstellung zu Grunde legen und respectiren? Gewiß sind wir berechtigt, eine solche rein theoretische Formulirung über Bord zu werfen, wenn es sich zeigt, daß die Römer selbst keine Consequenzen aus derselben zogen, daß sie alle streitigen Fragen gegen sie entschieden, daß ihre besten Schriftsteller sie verwarfen.

---

9) l. 42 D. de p. a. 13, 7 über diese Lesart siehe unten § 114.
10) cfr. l. 5 § 3 und l. 7 § 1 D. de rebus 27, 9.
11) l. 13 D. de distr. pign. 20, 5.
12) Siehe oben Bd. II. S. 43 ff. vgl. Schneider l. c. Bd. 12 S. 407.

Digitized by Google

Noch weniger aber werden wir uns befreunden mit der viel künstlicheren Meinung: der Pfandgläubiger sei beim Verkauf nicht sowohl Vertreter des Verpfänders als des jeweiligen Sacheigenthümers, gleichviel ob derselbe nun Successor des Pfandgläubigers sei oder nicht [13]). Mit dem Eigenthümer, als solchem, steht der Pfandgläubiger auch nicht einmal in einem contractlichen Verhältniß, er hat von ihm niemals eine Vollmacht irgend einer Art erhalten. Es fehlt also selbst jener Scheingrund, den doch die Fiction von Gajus für sich hat. Aber, führt man an, der jeweilige Eigenthümer muß sich doch den Verkauf gefallen lassen; das ist nun so gut, wie wenn der Pfandgläubiger in seinem Namen verkaufte [14]). Dieser Grund ist sicherlich unzureichend! Leuchtet doch der Unterschied von selbst ein, ob ich etwas passiv dulden muß oder autorisire. In letzterem Fall trifft uns eine Verantwortlichkeit für unsere Autorisation, es müßte etwa der jeweilige Eigenthümer für die Verpflichtungen, die der Pfandgläubiger übernahm, mithaften; da dies gar nicht denkbar ist, so dürfen wir jenen Versuch, die Fiction von Gajus probabler zu machen, fallen lassen. —

Wir haben in der Selbstständigkeit des Verkaufsrechts des Pfandgläubigers gewissermaßen das Fundament der Lehre erkannt. An sie schließen sich die übrigen Bestimmungen, die aus der Casuistik des Verkaufsrechts den Geboten der bona fides, den Bedürfnissen des Verkehrs geschöpft sind. Einen äußern Anhalt fanden die Juristen bei dieser Entwickelung in den gewöhnlichen Formularien der Verkaufsbevollmächtigung, die etwa lauteten „ut pecunia non soluta ei ad quem ea res pertinet, fundum pignori obligatum vendere liceret“ [15]). Es hatte hier ja die innere Regel, die dem Pfandverkauf zu Grunde liegt, bereits äußere Gestalt und Form gefunden. Doch nicht aus diesen wenigen Worten hätten die Juristen vermocht, den ins Feinste gegliederten Bau unseres Instituts zu gestalten [16]), wenn sie nicht mit genialer Sicherheit die Grundideen desselben zu erfassen wußten. Nirgends bewährt sich mehr ihre Kunst, die Rechtsregeln aus dem

---

13) Göschen Vorles. Bd. II. Abth. 1 S. 367. Hieran streift auch Boecking Pand. II. S. 3 Anm. 6.

14) Göschen l. c.

15) Abweichend Bachofen Pfandr. S. 163. cfr. 18 § 4 D. de p. a. 13, 7. de vendendo pignore in rem pactio concipienda est, ut omnes contineantur und l. 4 C. de pigneratitia actione 4. 24. Gaj. II. 64.

16) Bachofen l. c. S. 163—175.

Digitized by Google

Wesen des Rechtsverhältnisses zu bilden, der Natur der Dinge ihr Gesetz abzulauschen, nirgends mehr die geistige Kraft, welche bei Schlichtung der mancherlei Detailfragen, in den mannichfachen Verschlingungen und Verästungen der Lehre die allgemeinen Gesichtspunkte festzuhalten weiß. —

Der Gang des Folgenden wird nun sein: Wir entwickeln in fünf Kapiteln die Stellung des Pfandverkaufs nach reinem römischen Recht und zwar im ersten die Erfordernisse des Pfandverkaufs durch den Creditor, im zweiten dessen Wirkungen, im dritten sprechen wir von der Wiederaufhebung desselben, im vierten von der dominii impetratio und im fünften von dem pignus ex causa judicati captum.

Das sechste Kapitel erörtert auf dieser Grundlage den Pfandverkauf, wie er sich nach heutigem Recht gestaltet. Endlich werden wir in einem Anhang von der lex commissoria und ihrem Verbot handeln.

Erstes Kapitel.

Erfordernisse des Pfandverkaufs.

§. 96. Fähigkeit des Verkäufers.

Die Macht des Pfandverkaufs ist ein integrirender Bestandtheil des Rechts des ersten Pfandgläubigers. Sie überträgt sich auf seine Erben, den Cessionar seiner Forderungs- und Pfandrechte, namentlich auf den Afterpfandgläubiger, sowie den Nachhypothekar, welcher durch successio in locum an seine Stelle trat.

Ist die Pfandsache Mehreren zu gleichem Recht in solidum verpfändet, dann hat Jeder für sich die Fülle des Pfandrechts, Jeder also das gleiche Recht zum Verkauf der ganzen Sache, unabhängig von Andern, ja auch nachdem der Andere dies Recht schon exercirt hat. So entsteht möglicherweise eine Collision [1]). Aber Eigenthümer wird der Käufer, der sich zuerst den Besitz zu verschaffen weiß. Wenn daher Einer der Pfandgläubiger den Besitz hat, so ist er in der Vorhand und im Stand das Verkaufsrecht der Genossen illusorisch zu machen.

1) Bartolus l. 3 § ex contrario D. de a. v. o. p., dem Negusantius folgt p. VI m. 1 n. 34 leugnet, daß die Pfandgläubiger hier verkaufen konnten. Denn es sei absurd, daß zwei verschiedene Käufer Eigenthümer in solidum würden.

Digitized by Google

An des Gläubigers Statt können Stellvertreter den Verkauf exerciren. So kann der Vormund die dem Mündel gestellten Pfänder verkaufen [2]), der Fiscus übt sein Verkaufsrecht durch den Procurator Fisci [3]). Ob auch der Generalprocurator ohne Specialmandat zur Pfandveräußerung befugt sei, ist nicht unbezweifelt geblieben [4]). Man hat dagegen angeführt, daß — nach Gajus — der Consens Seitens des Generalprocurators zum Verkauf durch den Schuldner, den Principal nicht bindet [5]). Dies ist nicht zutreffend. Ein Erlaß des Pfandes liegt allerdings außerhalb der Sphäre der gewöhnlichen Administration und ist um deßwillen dem Generalprocurator nur in beschränkter Weise zu gestatten; der Verkauf des Pfands aber ist eine ordentliche Verwaltungsmaßregel, die ebendeßhalb in den Kreis seiner Befugnisse fällt.

Ist der einfache negotiorum gestor zum Pfandverkauf befähigt? Wir gehen davon aus, daß der Verkauf in der Regel durch eine Aufforderung des Schuldners zur Zahlung vorbereitet werden muß. Wird nun diese von einem negotiorum gestor erlassen, so ist der ganze Act dem Verpfänder gegenüber falsch eingeleitet, da der Schuldner sich auf eine Zahlung an einen solchen Geschäftsträger weder einlassen muß, noch auch mit Sicherheit kann [6]). Die Genehmigung des Creditors kann hier dem Verfahren rückwärts hin keine Kraft geben, will der Creditor den Verkauf, so muß er, als wäre nichts geschehen, von Neuem mit einer Zahlungsaufforderung an den Schuldner beginnen. Anders, wenn bereits der Gläubiger selbst den Schuldner zur Zahlung aufgefordert hatte mit der Androhung, das Pfand im Unterlassungsfall zu veräußern und nun bei dessen Verhinderung ein negotiorum gestor die Sache in die Hand nimmt. Dieser Verkauf kann durch

---

2) l. 5 § 3 D. de rebus eorum 27, 9. l. 18 C. de adm. tut. 5, 37.

3) l. 1 C. creditorem evictionem pignoris 8, 46.

4) Brinz Pand. I. S. 356.

5) l. 7 § 1 D. q. m. p. s. 20, 6.

6) Allerdings scheint entgegenzustehen l. 24 § 2 D. de usuris 22, 1. Mora videtur creditori fieri sive ipsi, sive ei cui mandaverat, sive ei, qui negotia ejus gerebat, mora facta sit. Es ist dies aber zu verstehen, sei die Weigerung gegenüber einem speciell zur Mahnung Bevollmächtigten oder einem Generalprocurator geschehen. Daß einem einfachen negotiorum gestor gegenüber der Debitor nicht in Mora kommen konnte, erschien als selbstverständlich. — Mommsen Beiträge Bd. 3 S. 54 bezieht die Stelle auf Fälle, in welchen das Forderungsrecht durch den neg. gestor begründet ist. Aber ist nicht hier nach reinem römischen Recht der negotiorum gestor selbst der Creditor?

Digitized by Google

Genehmigung des Creditors gültig werden, falls nicht noch vor deren Ausspruch der Debitor volle Zahlung offerirt. Hier ist es kein Unterschied für den Schuldner, ob der Geschäftsträger mit Genehmigung des Gläubigers oder dieser selbst handelte.

Fraglich kann werden, welchen Einfluß die gesetzlichen Veräußerungsverbote auf die Befähigung des Gläubigers zum Pfandverkauf haben. Und zwar erhebt sich die Frage nach doppelter Richtung hin:

a) Die Stellung des Sacheigenthümers gestaltet sich nach der Verpfändung in der Art, daß ihm gegenüber ein Veräußerungsverbot eingreift.

Dieser Umstand bleibt in der Regel ohne allen Einfluß auf das früher erworbene Recht des Pfandgläubigers zur Veräußerung, das unabhängig ist von den Schicksalen, die das Recht des Verpfänders weiterhin betreffen. Die Veräußerungsverbote haben keineswegs die Bedeutung und den Zweck, die Sache absolut dem Verkehr zu entziehen, sie beschränken nur die Veräußerungsfähigkeit des Eigenthümers und derer, die dessen Rechte exerciren. Dieser Grundsatz fand gesetzliche Anerkennung und Anwendung in der Oratio Severi. Nachdem sie, wie bekannt, die Veräußerung der landwirthschaftlichen Zwecken gewidmeten Immobilien der Unmündigen verboten hat, fügt sie ausdrücklich hinzu, daß hierdurch an den Rechten des Creditors, welcher noch vom Erblasser des Mündels ein Pfand erhielt, nichts geändert werden solle[7]). Dagegen konnte es allerdings fraglich werden, ob der Gläubiger auch dann das Verkaufsrecht habe, wenn ihm während der Minderjährigkeit des Eigenthümers an dessen Immobilien in Gemäßheit eines prätorischen Decrets in legaler Weise wegen Schulden ein Pfandrecht bewilligt war. Hier nahm er eine Sache zum Pfand, die, wie er wußte, bereits mit dem Bann der Unveräußerlichkeit belegt war. Aber da der Verkauf ein nothwendiger Bestandtheil des Pfandrechts ist, so gilt die Befugniß zu dessen künftiger Vornahme auch hier als von vornherein durch das Decret ertheilt, welches die Verpfändung genehmigte. Dies nimmt Ulpian an libro 35 ad edictum. l. 7 § 1 D. de rebus eorum 27, 9.

Si pupillus dedit pignori ex permissu praetoris nonnulla

---

7) l. 1 § 2 D. de rebus eorum 27, 9 et sunt verba ejus hujusmodi ..... aut si creditor, qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, jus exequetur, nihil novandum censeo. cfr. l. 1 C. de praediis minorum 5, 71.

Digitized by Google

erit dubitatio, an alienatio possit impediri. Sed dicendum est, posse creditorem jus suum exsequi. Tutius tamen fecerit, si prius praetorem adierit.

Der Schlußsatz, der allerdings mehr der praktischen Cautelarjurisprudenz angehört, als eine strengtheoretische Erörterung enthält, hat den vollen Zorn Anton Fabers [8]) hervorgerufen, der in ihm den Zusatz eines unwissenden Interpreten erblickt. Es ist dies nicht gerechtfertigt; die römische Praxis hielt sich eben, wie sie dies auch heutzutage nicht selten thut, ängstlicher an das Wort des Gesetzes, als dies der Jurist, der die Sache nach ihrem innern und theoretischen Zusammenhang überblickte, für gerechtfertigt hielt. Daher hält Ulpian ein prätorisches Decret für den Verkauf für zweckmäßig, wenn auch nicht nothwendig.

Es wird nicht leicht bezweifelt werden, daß ebensowenig das Verbot der Veräußerung von Dotalgrundstücken, den Creditor trifft, welcher vor der Dotalbestellung ein Pfandrecht erworben hatte, sowie daß den Gläubiger des Erblassers das gesetzliche Verbot legirte Erbschaftssachen zu veräußern, nicht hindert [9]). Dagegen haben manche Schriftsteller andere Grundsätze adoptirt für den Fall, daß die verpfändete Sache nach der Pfandbestellung durch einen Prozeß zwischen dem Verpfänder und einem Dritten litigios werde. Man hat sich darauf berufen, daß durch den Pfandverkauf die Lage des Gegners des Verpfänders vielfach erschwert würde und daß meist auch die Gültigkeit des Pfandrechts von dem Moment an zweifelhaft werde, in dem das Recht des Verpfänders in Frage gestellt werde [10]). Doch nach klaren Entscheidungen der Quellen wirkt auch die Litigiosität stets nur zwischen den prozeßführenden Partheien [11]). Der Prozeß eines Dritten mit dem Verpfänder präjudicirt daher dem Pfandgläubiger nach den Principien des römischen Rechts nicht. Könnte doch sonst der Verpfänder auf die leichteste Weise durch Collusion mit einem Dritten, den er als Prozeßgegner auftreten läßt und mit dem er den Prozeß hinaus zieht, die Vornahme des Pfandverkaufs hindern.

b) Es ist denkbar, daß sich der Pfandgläubiger in einer Lage fin-

---

8) Faber jurispr. Papinianea tit. XII. princ. 7 illat. 87.

9) cfr. l. 1 D. de fundo dotali 23, 5. l. 52 D. de fideicomm. libert. 40, 6. l. 78 § 3 § 4 D. de legat. II.

10) So Negusant. p. VI. m. 1. n. 16. Bachov. de pign. III. cap. 23. n. 1. Erxleben de pign. §. 171.

11) cfr. l. 1 § 1 D. de litigiosis 44, 6.

Digitized by Google

det, die ihn an der Veräußerung hindern würde, wenn er Eigenthümer der Pfandſache wäre.

Auf die Gültigkeit der Pfanddiſtraction übt dies in der Regel keinen hemmenden Einfluß; die Zwecke, welche das Recht beſtimmen, dem Eigenthümer die Befugniß zur Veräußerung zu entziehen und ihm ſo ſeine Sache zu erhalten, werden meiſt nicht zutreffen, wo es ſich um ein Pfandrecht handelt. So kann der Vormund eines Minderjährigen das dieſem verpfändete Grundſtück pfandrechtlich veräußern. Der Zweck der Oratio iſt Erhaltung des Immobiliarvermögens des Unmündigen; die Pfandſache iſt aber kein Beſtandtheil ſeines Vermögens und das Pfandrecht als Acceſſorium einer Forderung iſt zu dauerndem Beſtehen nicht beſtimmt.

> Ulpianus libro 35 ad edictum. l. 5 § 3 D. de rebus eorum 27, 9.
>
> Si fundus pupillo pigneratus sit, an vendere tutores — possunt? et puto posse [12]) — hunc enim quasi debitoris hoc est alienum vendunt.

Anders ſteht es mit dem Veräußerungsverbot wegen Litigioſität. Wenn ein Dritter als angeblicher Eigenthümer der von einem Unberechtigten verpfändeten Sache gegen den beſitzenden Pfandgläubiger mit der Vindication auftritt, ſo wird die Sache wegen Litigioſität unveräußerlich [13]); denn der Zweck des Verbots der Veräußerung: daß dem

---

12) Die eingeſchloſſenen Worte fehlen in der Florentina, ſie ſind aber durch den ſprachlichen Zuſammenhang erfordert und wurden früher in Handſchriften und Ausgaben in ähnlicher Weiſe ergänzt. Der vorgehende Paragraph iſt gleichfalls in der Florentina ſehr corrumpirt. Er lautet hier: Si pupillus alienum fundum bona fide emptum possideat dicendum puto, ne hunc alienare tutores possunt, ea enim qua quasi pupillaris vero distractus est venditio valet. Die Schlußworte ſind ſinnlos. Haloander conjecturirt etenim si quasi pupillaris distractus est, venditio non valet. Dies völlig haltlos. Die Baſiliken indeſſen zeigen, daß mindeſtens eine Zeile und damit ein eigner Gedanke weggefallen iſt. Sie ſummiren die l. 5 § 1 u. 2. Inhibetur alienatio . . . praediorum ab eo bona fide emtorum. Sed si res tutoris, quasi pupillaris alienetur, valet (Basil. XXXVIII. tit. IX. c. 5.). Daß dieſen Gedanken ſchon die Digeſten hatten, zeigen die Scholien (Heimbach vol. III. pag. 751), die bereits den Digeſten angehörten und denſelben zu erklären und mit andern Stellen zu vereinigen ſuchen. Die Lücke iſt alſo etwa ſo zu ergänzen: ea enim res fuit quasi pupillaris: si tamen tutoris fundus fuit, quasi pupillaris vero distractus est, venditio valet. Willkührlich verfährt Faber jurisprudentia Papinianea XII. 7 ill. 86.

13) l. 4 C. de litigiosis 8, 37.

Digitized by Google

Vindicanten kein anderer Beklagter unterschoben werde, fordert nicht weniger Unterlassung des Pfandverkaufs wie eines Verkaufs durch einen anderweitigen Besitzer.

§. 97. Vornahme des Verkaufs. I. Materielle Bedingungen des Pfandverkaufs. Zustand der Forderung.

Die Einleitung des Pfandverkaufs ist erst möglich, wenn die versicherte Forderung fällig ist. Vorher hat der Gläubiger kein Recht zu fordern, noch weniger kann er Zwangsmaßregeln zum Zweck der Beitreibung in Bewegung setzen. Ob aber Fälligwerden genügt, oder ob der Schuldner vor dem Verkauf noch in Verzug gesetzt sein muß, ob gar Liquidität noch erforderlich ist, inwieweit endlich der Verzug des Gläubigers die Vornahme des Verkaufs hindern kann, dies Alles ist im Folgenden näher festzustellen.

1) Nothwendig ist Fälligkeit und Exigibilität der versicherten Forderung, darüber herrscht kein Streit. War die Forderung betagt, so muß der Termin vollständig verstreichen, auch der letzte Tag fruchtlos abgelaufen sein. Der Verkauf für ein bis zum ersten Mai rückzahlbares Darlehn kann also erst am zweiten Mai eingeleitet werden; auch dann, wenn man schon früher mit Bestimmtheit voraussehen konnte, daß rechtzeitig keine Zahlung erfolgen werde, ja selbst wenn der Schuldner dies selbst vorher erklärt hat [1]). Für eine bedingte Obligation ist — selbst dann, wenn die Bedingung eine potestative ist — vorgängiger Eintritt der Bedingung vonnöthen. Stammt die Forderung aus einem zweiseitigen Contract, der Zug um Zug erfüllt werden sollte, so muß der Creditor die Leistung von seiner Seite gemacht oder doch offerirt haben, ehe er den Pfandverkauf exercirt; da ihm bis dahin die exceptio non adimpleti contractus entgegenstehen würde.

Nicht einig sind die neueren Schriftsteller, mit welchem Moment der Creditor einer in verschiedenen Terminen zahlbaren Forderung zum Pfandverkauf berechtigt wird. Genügt es, wenn der eine oder andere Termin fällig und im Rückstand ist, oder ist zu warten, bis sämmtliche Schuldraten verfallen sind? Das Richtige ist: das Pfand haftet vollständig für jeden Theil der Forderung, daher ist der Verkauf der ganzen Pfandsache schon wegen einer einzelnen fälligen Rate gestattet.

1) § 2 J. de V. O. 3, 15. Wening in Linde's Zeitschrift Bd. I. S. 353.

Digitized by Google

So können einzelne Raten vor Verfall der übrigen auch durch Klage und Execution beigetrieben werden [2]). Aus dem Erlös darf aber nur das Fällige getilgt werden. Wie steht es dann mit dem Ueberschuß? — Durch den Verkauf hat der Creditor für die noch rückständigen Raten sein Pfand verloren, und zwar durch die Schuld des Debitors, der seine Pflicht nicht erfüllte. Billigkeit fordert, daß er statt dessen den Erlös retiniren darf und zwar auch dem Nachhypothekar gegenüber und so lange, bis ihm ein neues gleichgutes Pfand gestellt oder ihm vom Debitor Sicherheit dafür gegeben ist, daß der Ueberschuß im Fall der Herausgabe zur Anschaffung eines solchen verwendet werde [3]). Wo dies factisch thunlich ist, mag der Creditor bei Fälligwerden der einzelnen Raten auch das Pfandobject in Parcellen veräußern; so behält er am Nichtverkauften ein entsprechendes Pfand und erzwingt für jede verfallene Rate zu seiner Zeit Befriedigung.

Natürlich bleibt es aber den Partheien unbenommen, abweichende Festsetzungen zu treffen; ihr Wille ist maßgebend. Solche Conventionen bespricht Pomponius libro 35 ad Sabinum l. 8 § 3 D. de pign. a. 13, 7.

> Si annua, bima, trima die triginta stipulatus acceperim pignus, pactusque sim, ut nisi sua quaque die pecunia soluta esset, vendere eam (rem) mihi liceret, placet, antequam omnium pensionum dies veniret, non posse me pignus vendere, quia eis verbis omnes pensiones demonstrarentur; nec verum est sua quaque die non solutam pecuniam, antequam omnes dies venirent; sed omnibus pensionibus praeteritis etiam si una portio soluta non sit pignus potest venire. Sed si ita scriptum sit, si qua pecunia sua die soluta non erit, statim competit ei pacti conventio.

Treffend conjecturirt de Water statt der Schlußworte competit vi pacti venditio. Es wird hiermit ein unerträglicher Pleonasmus beseitigt und das Relevante, das Verkaufsrecht hervorgehoben [4]).

---

2) Daß alle Termine verfallen seien, fordern u. A. Westphal Pfandr. § 203. Glück Bd. 19 S. 383. Bachofen S. 165. Dagegen sind u. A. Gesterding S. 179. Müller Abh. S. 100. Fritz l. c. S. 456. Sintenis Pfandr. S. 506. Bangerow § 379 not. 1.

3) cfr. l. 8 § 1 D. de p. a. 13, 7.

4) Obs. II. 19. Bachofen bag. S. 165 Anm. 11 erklärt — doch ohne Angabe von Gründen — diese Conjectur de Waters für völlig unrichtig.

Digitized by Google

Pomponius unterscheidet zwei zu seiner Zeit gewöhnliche Formulare:

a) Gestattung des Verkaufs, wenn das Capital nicht und zwar je am bestimmten Termin gezahlt ist (ut nisi sua quaque die pecunia soluta sit vendere liceret)[5]. Hier mochte wohl ein Zweifel entstehen, ob nicht, wenn auch nur der erste Termin im Rückstand war, sofort verkauft werden könne. Indessen entscheidet sich der Jurist für die Gegenansicht, der Verkauf ist nur erlaubt für den Fall der nicht rechtzeitigen Zahlung des Gesammtcapitals, also folgerte er, liegt eine Zeitbestimmung für Vornahme desselben implicite ausgesprochen, nämlich Fälligkeit der Gesammtschuld, die erst abgewartet werden muß.

b) Dagegen steht es ganz anders, wenn der Verkauf von der Nichtentrichtung der einzelnen Schuldrate abhängig gemacht wird (si quae pecunia soluta non erit); hier ist natürlich der Ablauf der übrigen nicht zu erwarten.

Mit dem Fall, daß die versicherte Forderung noch nicht fällig war, identificirt man gewöhnlich das Verhältniß, wenn nachträglich für die fällige Forderung eine Zahlungsfrist bewilligt wurde. Mit Unrecht. Zwar bezeugt uns Papinian libro 11 respons. l. 4 D. de distract. pign. 20, 5.

> Cum solvendae pecuniae dies pacto profertur, convenisse videtur, ne prius vendendi pignoris potestas exerceatur[6].

Der Creditor, der sich zeitweilig der Klage begiebt, wird in der Regel dem noch schärferen Mittel der Pfandexecution für die Zwischenzeit gleichfalls entsagen wollen. Aber wenn dies auch im Zweifel anzunehmen ist, so liegt hierin keine rechtliche Nothwendigkeit, auch eine andere Absicht ist möglich. Es willigt etwa ein Kaufmann ein, seinem in Verfall gerathenen Schuldner zu stunden; er will sich aber des Rechts nicht begeben die zum Pfand gestellten Waaren auch in der Zwischenzeit bei günstiger Gelegenheit zu verkaufen. Einem solchen Partheiwillen entgegenzutreten, existirt kein Grund.

Welchen Einfluß hat der legale Termin, der schon nach den Bestimmungen der zwölf Tafeln dem im Wege der ordentlichen Klage Ver-

---

5) Diese Clausel wird noch erwähnt l. 12 D. de usuris 22, 1. cfr. l. 140 § 1 D. de V. O. 45, 1

6) cfr. l. 5 § 1 D. quibus modis pignus solv. 20, 6.

Digitized by Google

urtheilten eingeräumt wurde, auf den Pfandverkauf? Es soll diese Zeit dem Schuldner frei sein, man könnte daher auch die Pfanddistraction für suspendirt halten. Für das classische Recht wäre dies unrichtig. Der Pfandverkauf war von den Stadien des Prozesses, welchen die persönliche Klage durchlief, völlig unabhängig; daher war auch die Urtheilsfrist für ihn ohne Bedeutung, da diese nur die Folgen des Urtheils und die darauf gestützte Execution suspendirte [7]), nicht aber das hemmen konnte, was ganz unabhängig von Prozeß und Urtheil existirte. Im justinianeischen Recht ist dies freilich geändert [8]). Denn Justinian verbietet während des tempus judicati die Bürgen anzugehen, damit nicht, wie er hervorhebt, der Gläubiger hierdurch indirect den Schuldner betreibe. Noch weniger kann demnach in jener Zwischenzeit eine Verfolgung der Pfänder vorgenommen werden, welche den Schuldner noch unmittelbarer beunruhigen würde.

2) Außer der Fälligkeit der Forderung forderte die ältere Doctrin allgemein auch Verzug des Schuldners zum Pfandverkauf. In neuerer Zeit leugnet man dies Erforderniß [9]). Uns scheint die ältere Ansicht die richtige. Schon innere Gründe weisen auf die Nothwendigkeit einer vorgängigen Aufforderung zur Zahlung, des Setzens in Verzug, hin.

Ist die Forderung fällig, so hat hiermit der Debitor, dies erkennt man heutzutage allgemein an, keineswegs die Pflicht, Zahlung unaufgefordert anzubieten, der Creditor hat jetzt nur das Recht zu fordern [10]). Nicht selten erachtet es der Creditor in seinem Interesse — besonders wenn die Schuld verzinslich ist — noch Jahre lang mit der Eincassirung zu zögern. Sollte er nun das Recht haben, mit dem Moment, in dem er sich zur Einforderung entschließt, die Pfänder des nichts ahnenden Schuldners zum Verkauf zu bringen? Daß er Klage

---

7) cfr. l. 16 § 1 D. de compens. 16, 2.

8) l. 3 § 1 C. de usuris rei judicatae 7, 54.

9) So Negus. p. VI. m. 1 n. 1. Bachov. de pign. III. c. 23 n. 2. Erxleben de pign. § 179 Glück Bd. 19 S. 384. Müller l. c. S. 105. Wesentlich auch Gesterding Pfandr. S. 177 und Puchta Pand. § 205 not. d. Dagegen hat die Mora als Erforderniß geleugnet Wening Lindes Ztschrft. Bd. I. S. 354. Deßgleichen Fritz Erl. S. 507. Ferner Sintenis S. 507. Bangerow § 379. Bachofen Pfandr. S. 165 S. 640. Brinz Pand. I. S. 354. Verzug fordert dagegen das deutsche Handelsgesetzbuch art. 310 art. 311.

10) l. 53 D. de fideic. libert. 40, 5 § 2 J. de V. O. 3, 15. l. 48 D. de V. O. 45, 1. Bangerow Archiv Bd. 33 S. 298.

Digitized by Google

erheben kann, ehe der Schuldner in Verzug ist, könnte dies gewiß nicht rechtfertigen. Ein Pfandverkauf ist dem Schuldner nicht selten weit präjudicirlicher, als Anstellung einer Klage; schon das bloße Ausgebot eines Pfands kann den Credit aufs tiefste erschüttern [11]), den Debitor aufs härteste betreffen. Gewiß wäre ein Recht unzweckmäßig, welches Einleitung eines Executionsverfahrens gestattete, ehe der Schuldner in Kenntniß davon gesetzt ist, daß der Creditor Erfüllung will. In der That verlangt deßhalb das römische Recht Aufforderung des Debitors zur Zahlung, ehe der Creditor zur Pfanddistraction schreitet [12]).

l. 18 C. de adm. tut. 5, 37 Diocletianus et Maximinianus A. Soterico.

Debitoribus pupillae pro officii ratione — tutorem te constitutum adseverans ad te nominum periculo pertinente — parere solutioni denuntia. Qui si satis non fecerint, in venditione pignorum uti communi jure potes a 293—304.

Wir werden später noch von einer Denunciation handeln, welche mit wirklicher Vornahme des Verkaufs verknüpft ist und zu deren Solennitäten gehört [13]). Aber mit Unrecht wird unsere Denunciation vielfach mit jener zusammengeworfen. Unsere Denunciation geht dem Verkauf vorher, sie bildet nur eine nothwendige Vorstufe zu demselben. Sie soll den Debitor zur Ueberzeugung bringen, daß der Creditor die Erfüllung der Obligation erwarte, sie soll ihm die Entschuldigung für fernere Zögerung entziehen, sie versetzt eben den Schuldner in Mora. Die bei der Mora entwickelten Grundsätze sind also hier maßgebend [14]). Es fällt z. B. die Nothwendigkeit dieser Denunciation weg, wenn der Schuldner unentschuldigt abwesend ist und keinen Vertreter zurückläßt.

Ist die Größe der Schuld zweifelhaft, stammt sie etwa aus einem Mandats- oder Societätsverhältniß, dann hat der Creditor zugleich mit der Aufforderung zur Zahlung die Summe seiner Ansprüche zu specificiren und die Belege vorzulegen. Es ist nicht denkbar, daß er verkau-

11) l. 15 § 32 D. de injuriis 47, 10
12) Bachofen Abh. S. 181 erklärt die Stelle anders aber nicht befriedigend.
13) cfr. l. 4 C. de distr. pign. 8, 28.
14) l. 23 pr. § 1 D. de usuris 22, 1.

Digitized by Google

ſen kann, ehe dem Schuldner Mittheilung über die Höhe ſeiner Anſprüche gemacht iſt.

Daß man zum Pfandverkauf vorgängiges Setzen in Verzug forderte, geht nicht weniger hervor aus folgenden Entſcheidungen. In der l. 19 C. de distr. pign. 8, 28 erklärt Diocletian den Verkauf für zuläſſig „debitoribus detrectantibus solutionem“, es weiſt dies nicht undeutlich auf unentſchuldigte Nichterſtattung hin. In l. 7 C. eod. aber verordnet Gordian:

> Si cessante solutione creditor non reluctante lege contractus . . . distraxit, revocari vonditionem iniquum est . . .

Cessare iſt techniſcher Ausdruck für Verzug. So giebt Antoninus den Legatarien die bekannte Miſſion in das eigne Vermögen des Erben si in satisfactione cessatum est, Ulpian interpretirt dies „cessare“ als eine abſichtliche Verabſäumung der Zahlung, die bei Nichtleiſtung durch einen Pupillen oder einen Wahnſinnigen, der des Vormunds entbehre oder in der Zeit der Vacanz der Erbſchaft des Erben nicht angenommen werden könne [15]).

Gegen den Satz, daß dem Pfandverkauf Verzug des Schuldners vorhergehen muß, hat man Folgendes geltend zu machen geſucht [16]). Der Schuldner einer naturalis obligatio könne nicht in Verzug gerathen [17]), wer alſo ein Pfand für eine natürliche Forderung habe, würde, wenn Verzug Verkaufsbedingung wäre, nie verkaufen können, da er den Debitor nicht in Verzug ſetzen könnte und das ſei doch ſicher unzuläſſig. Uns ſcheint dies nicht zutreffend. Allerdings ſagt Scävola „ubi nulla petitio est, nulla mora fit“ von wem ich nicht Zahlung fordern kann, den kann ich auch nicht in Verzug ſetzen. Habe ich aber ein Pfand für eine natürliche Obligation, ſo kann ich unter dem Präjudiz der Pfanddiſtraction Zahlung verlangen und es kann wieder von einer unentſchuldbaren Zögerung die Rede ſein.

Vielfach iſt die Anſicht verbreitet, daß es wenigſtens dann einer Denunciation zur Vorbereitung des Verkaufs nicht bedürfe, wenn dem

---

15) l. 4 § 20 D. ut in possess. legat. 36, 4.

16) Fritz Erl. I. c. S. 561.

17) l. 88 D. de R. J. 50, 17 in Verbindung mit l. 127 D. de V. O. 45, 1. cfr. noch l. 54 D. de pactis 2, 14.

Digitized by Google

Pfandvertrag ausdrücklich der Nebenvertrag zugefügt ist, daß dem Gläubiger das Recht zustehe, das Pfand zu verkaufen [18]). Allein diese Ansicht ist nicht haltbar, da hierdurch dem Gläubiger nur ausdrücklich zugebilligt wird, was ihm ohnedem zustünde, ein sicherer Schluß aber auf die Absicht der Partheien, daß der Gläubiger — abweichend vom gewöhnlichen Recht — mit dem Fälligwerden ohne weitere Anzeige zum Verkauf schreiten könne, hieraus nicht zu machen ist.

Ganz anders steht es, wenn der Gläubiger sich vorbehält, das Pfand sogleich mit der Fälligkeit zu verkaufen, oder auch ausbedingt, daß er von dem Verfalltag der Schuld an jeder Zeit verkaufen kann, indem hierin ein Verzicht des Schuldners auf das Recht der Denunciation zu sehen ist [19]).

Sind die bisherigen Ausführungen richtig, so hat die römische Jurisprudenz die Pfanddistraction und den Verfall einer Conventionalstrafe, einer arrha, einer lex commissoria, wesentlich verschieden behandelt. Diese Vermögensstrafen treten sämmtlich mit dem Augenblick ein, in welchem der zur Erfüllung bestimmte Termin ohne Erfolg abgelaufen ist, so daß es einer Mahnung an den Schuldner nicht bedurfte [20]). Die verschiedene Behandlung ist aber auch leicht begreiflich. Jene Pönalforderungen sind Ansprüche, die einen selbstständigen Vermögenswerth repräsentiren und von der Bedingung der nicht rechtzeitigen Erfüllung abhängig gemacht sind; die Jurisprudenz war nicht berechtigt, den Erwerb dieser bedingten Befugnisse von einer neuen nicht stipulirten Voraussetzung — Mahnung — abhängig zu machen. Das Recht der Pfanddistraction ist kein selbstständiger Vermögensanspruch, sondern nur ein Mittel, die Befriedigung der Forderung zu erzwingen: für die Regel glaubte man es nur zur Anwendung bringen zu können, wenn das Bedürfniß durch erfolglose Mahnung constatirt war.

Wenn dem Creditor im Pfandvertrag das Verkaufsrecht ausdrücklich entzogen ist, dann muß vor dessen Vornahme die Aufforderung zur Zahlung sogar dreimal wiederholt werden [21]). Die Juris-

---

18) Gottschalk disc. for. II. cap. 21 pag. 221 ed. II. Curtius Handb. des sächs. Civilr. Bd. 2 Abth. 3 § 1889 u. dort Cit. Glück Bd. 19 S. 384. Dagegen Müller l. c. S. 103. Sintenis Pfandrecht S. 512 S. 538. Ztschrft. für Rechtspflege in Sachsen n. F. Bd. 23 S. 451.

19) Zeitschrift l. c. S. 451.

20) l. 12 C. de contr. vel comm. stip. 8, 38

21) Siehe Bd. I. S. 88 flgnde.

Digitized by Google

prudenz hat zwar dem Creditor trotz jenes Vertrags — der Natur des Pfandrechts gemäß — den Verkauf gestattet, doch sollte vorher aufs offenkundigste dargethan sein, daß Zahlung nicht erhältlich, ein Zwangsverfahren also unausweichlich sei. Natürlich kann der Creditor auch dann nach dreimaliger Denunciation verkaufen, wenn die dem Pfandverkauf gesetzten Bedingungen dessen Vornahme trotz der Fälligkeit der Forderung unmöglich machen würden. Ob die Ausschließung des Verkaufs direct oder indirect erfolgt, kann keinen Unterschied machen. Indessen können allerdings die Partheien in der Weise den Verkauf verhindern, daß sie bestimmen, die Forderung solle solange nicht fällig werden, als der Schuldner den Gläubiger in ungestörtem Besitz und Genuß eines — etwa zur Antichrese gegebenen Pfands — beläßt.

Wie viel Zeit zwischen den verschiedenen Mahnungen abgelaufen sein muß, ist, wie wir früher ausführten, zweifelhaft. Wir haben uns für die Annahme erklärt, daß mindestens die Frist von 10 Tagen verflossen sein muß, welche zwischen den drei Edicten des Prätors lag, die dem Ungehorsamsverfahren vorgingen. Die bei weitem verbreitetste Meinung [22]) ist freilich, daß es dem Richter freistehe, die Länge der Frist zu bestimmen. Dem widerstrebt aber — abgesehen davon, daß es dessen Ermessen an jedem Maaßstab fehlen würde — der Charakter des römischen Pfandverkaufs, der ein Privatact ist, in den sich die Obrigkeit nicht mischt und der erst nachträglich zu richterlicher Cognition gelangt. Wie kann aber der Pfandgläubiger schon jetzt bei Einleitung des Verkaufs deviniren, welchen Zeitraum dereinst der Richter nach seinem subjectiven Ermessen für genügend erachten wird.

3) Nichts scheint natürlicher, als daß das Verkaufsrecht des Gläubigers wenigstens dann cessirt, wenn er im Verzug ist, wenn ihm also bereits vollständig Zahlung der Schuld angeboten wurde, die er aber ohne Grund zurückgewiesen hat [23]). In solchem Fall hat es der Schuld-

22) Bereits Bartolus, Salicetus, Paul de Castro überlassen nach Negus. p. VI. m. 1 n 4 die Sache dem arbitrium judicis, so auch die meisten Neuern, Müller l. c. S. 107. Fritz S. 467. Sintenis S. 510. Bangerow § 379 4). Die Glosse ad l. convenerit hebt hervor, es genüge nicht uno contextu, solve, solve, solve zu sagen. Bachov. de pign. l. III. c. 22 n. 4 nimmt an: tres denuntiationes fieri debere intra illud tempus, quod datur judicatis.

23) Die Oblation hält für genügend: Puchta § 205 not. d. Mommsen Beitr. Bd. 3 S. 290. Deposition fordern u. A. Westphal Pfandrecht § 185. Madai Mora S. 472. Fritz Erläut. S. 464. Bangerow § 379 3). cfr. Brinz Pand. I. S. 354.

Digitized by Google

ner entweder von vorn herein nicht zum Verzug kommen lassen oder hat ihn wenigstens purificirt. Den Gläubiger trifft die Schuld der Nichttilgung. Soll er nun doch mit offenbarer Chicane die Pfänder des Schuldners verkaufen können!

Ganz correct und den Principien entsprechend erklärt Alexander in der l. 5 C de distr. pign. 8, 28 die Oblation der Schuldsumme von Seiten des Schuldners für hinreichend, um den Pfandverkauf zu hindern: ... sive oblato superfluo (Rückstand) ad venditionem prosiluerit, improba alienatio proprietatis tuae jus non aufert.

Damit stimmt Paulus überein: l. 25 § 1 D. fam. erc. 10, 2 nam nisi universum, quod debetur offerretur, jure pignoris creditor vendere potest.

In gleicher Weise erklärt Diocletian:

l. 3 C. si antiquior creditor 8, 20. Quominus creditor, qui ante pignus accepit, distrahat: non offerrendo secundus priori debitum interpellare non potest.

Dennoch existirt eine Uebereinstimmung der Quellen hierüber nicht. Denn zwei Rescripte von Gordian, beide aus dem Jahre 239 scheinen die Oblation der Schuldsumme nicht für genügend zu halten, sondern fordern außerdem Deposition.

l. 8 C. de distr. pign. 8, 28. Gordianus A. Maximo.
Si priusquam distraheretur pignorata possessio pecuniam creditori obtulisti eoque non accipiente facta contestatione eam deposuisti et hodie quoque in eadem causa permanet, pignoris distractio non valet . . .

l. 2 C. debitorem venditionem pignoris 8, 29. Gordianus A. Nepoti.
Debitoris denunciatio, qui creditori suo ne sibi rem pignori obligatam distrahat vel his, qui ab eo volunt comparare denunciat, ita demum efficax est, si universum tam sortis quam usurarum offerat debitum creditori: eoque non accipiente, idonea fide probationis ita ut oportet depositum ostendat: nam si vel modicum de sorte vel usuris in debito perseveret, distractio rei obligatae non potest impediri.

Diese Entscheidungen lassen sich nicht hinwegdeuten. Es waren praktische Gründe, welche dahin führten, die bloße Oblation für unzulänglich zu halten. Nicht selten mochten chicanöse und säumige Schuld-

Digitized by Google

ner durch bloße Scheinoblationen den Pfandverkauf aufzuhalten suchen; sie offerirten zu ungünstiger Zeit, an unpassendem Ort, wenn sie auf eine Zurückweisung durch den Gläubiger zählten, sie offerirten verrufene schlechte oder zweifelhafte Münzen oder sonst nicht vollständig. Die Praxis nahm daher nach und nach an, nur die Oblation des Verpfänders sei eine ernsthafte gewesen, nicht zu bloßer Chicane und Verzögerung gemachte, an die sich eine Deposition im Fall der Nichtannahme schloß [24]).

Principiell also genügte Versetzen des Gläubigers in Verzug; indessen wurde seit Gordian eine bloße Oblation ohne sich anschließende Deposition, als nicht ernstlich gemeint ignorirt und hemmte wenigstens den Pfandverkauf nicht mehr.

4) Vielfach betrachtet man auch als Voraussetzung des gültigen Pfandverkaufs Liquidität der versicherten Forderung [25]), d. h. Anerkennung durch gerichtliches Geständniß oder rechtskräftiges Urtheil. Danach wäre die Veräußerung unzulässig und nichtig nicht nur dann, wenn dem Verkäufer keine Forderung zustand, — dies versteht sich von selbst, sondern auch dann, wenn sie existirte, der Schuldner auch in Verzug war, aber die vorgängige officielle Anerkennung der Schuld durch richterliches Urtheil oder gerichtliches Geständniß des Schuldners noch fehlte.

Dergleichen paßt indessen nur, wo die Obrigkeit den Pfandverkauf leitet; das Gericht wird sich zu dessen Inhandnahme nicht befugt ansehen, ehe ihm das Recht des Imploranten feststeht. Wo aber der Gläubiger selbst den Verkauf in der Hand behält, da ist eine vorgängige richterliche Anerkennung der versicherten Forderung unnöthig, eine ungegründete Bestreitung der Schuld bleibt irrelevant. Die Liquidität wurde daher im römischen Recht nicht gefordert. Die Quellen knüpfen die Veräußerung des Pfands durchaus direct an die Versäumniß in Ent-

---

24) Aehnlich Brinz Pandekten S. 354. Die Deposition werde verlangt als Beweis richtiger Oblation. Daß Alles auf Heller und Pfennig offerirt sei, könne in der Regel nur dargethan werden durch eine Deposition. Die Worte idonea fide probationis ita ut oportet depositum werden hierbei nicht, wie dies zunächst liegt, aufgefaßt: „Durch gehörige Beweismittel müsse die Deposition erhärtet werden", sondern „die Deposition geschehe zum Zweck des Beweises".

25) Erxleben de pign. § 176. Westphal § 202. Glück Bd. 19 S. 383. Thibaut Pand. 7. Aufl. § 650. Müller l. c. S. 101. Dag. Fritz S. 456. Sintenis S. 507. Vangerow I. § 379 2). Puchta Vorles. § 205.

Digitized by Google

richtung der Schuld nicht an ein Judicat[26]). Glaubt aber der Schuldner die Existenz der versicherten Forderung und damit die Befähigung des Gläubigers zur Pfandveräußerung abstreiten zu können, so fehlt es ihm nicht an Mitteln, diese Frage zur Verhandlung zu bringen und den Folgen jener nach seiner Ansicht ungültigen Veräußerung entgegenzutreten.

Ist der Verpfänder noch im Besitz, so muß der Gläubiger oder der Pfandkäufer mit der actio hypothecaria auftreten, um sich den Besitz zu verschaffen und den Verkauf zu realisiren, und es bleibt hier dem Schuldner Gelegenheit die Richtigkeit des Verkaufs, die Tilgung der Hypothekarschuld defendendo zu behaupten. War der Verkäufer im Besitz der Pfandsache, so muß der Verpfänder die Initiative nehmen. Er kann die actio pigneratitia anstellen und Rückgabe des Pfandes fordern, wo dann der Gläubiger zu seiner Vertheidigung den Verkauf zur Sprache bringen muß und dem Schuldner freisteht, diese Einrede durch Nachweis der Tilgung der Forderung vor dem Verkauf zu entkräften. Auch bleibt dem Verpfänder für den Fall der Nichtigkeit des Pfandverkaufs die rei vindicatio gegen jeden Besitzer, also auch den besitzenden Käufer des Pfands. Wenn es sich um eine Mobilie handelte und entweder dem Verkäufer oder dem Käufer die Nichtexistenz oder Tilgung der angeblichen Forderung bekannt war, dann ist auch die actio furti dem Verpfänder zuständig.

Wenn nun aber Liquidität für die Regel nicht Requisit ist, ausnahmsweise wird gleichwohl ein vorgängiges, richterliches Urtheil zum Pfandverkauf gefordert.

> l. 5 C. de distractione pignorum 8, 28. Alexander Sosiano. Si residuum debiti paratus es solvere, praeses provinciae dabit arbitrum, apud quem, quantum sit, quod superest ex debito examinabitur et sive ad judicem venire diversa pars cessaverit sive oblato superfluo ad venditionem prosiluerit, improba alienatio proprietatis tuae jus non auferet. a. 231.

Unter folgenden Umständen kann nach diesem Rescript ein vorgängiger Rechtsstreit über die Forderung nöthig werden:

a) Der Schuldner muß nach Anschein der Verhältnisse bona fide

---

26) cfr. l. 7 C. de distr. pign. 8, 28. Nicht entscheidend sind Stellen, wie l. 1 C. de litigiosis 8, 37. l. 1 l. 2 C. debitorem vendit. 8, 29. l. 3 C. si antiquior 8, 20, da nicht constirt, daß sich der Widerspruch des Schuldners auf Illiquidität der Forderung stützt.

Digitized by Google

bereit sein, seine etwaige Schuld abzutragen und nur noch um deßhalb zurückhalten, weil ernstliche Zweifel über Existenz und Größe der Schuld bei ihm obwalten und weil er nicht im Stand ist, sich ohne vorgängiges Prozeßverfahren hierüber eine Ueberzeugung zu bilden. Wann dies der Fall sei, mußte das Ermessen des praeses entscheiden. Am leichtesten war dergleichen anzunehmen bei verwickelten Societäts- oder Mandatsverhältnissen; dagegen nicht, wo die Frage der Schuld von einem einfachen factum proprium des Schuldners abhing, dessen Bestehen oder Nichtbestehen ihm bekannt sein mußte, so daß die Gültigkeit der Pfandveräußerung der späteren Untersuchung überlassen bleiben konnte.

b) Der Schuldner mußte selbst die Ernennung eines arbiter über die Schuld beantragen, vor dem der Gläubiger seine Ansprüche zu liquidiren, der Schuldner seine Einwendungen zu machen hatte[27]). Ein eigentliches Provocationsverfahren lag hierin nicht. Es blieb dem Gläubiger unbenommen die Klage zu unterlassen, Stillschweigen wurde ihm nicht aufgelegt. Nur konnte er das Pfand nicht verkaufen, wenn er nicht vorher das Verfahren vor dem Arbiter durchgeführt hatte. Die Verhandlung war eine summarische. Es gehört wohl hierher der Ausspruch von Paulus l. 7 § 2 D. de appellat. 49, 5. Item quominus pignus vendere liceat, appellari non potest. Der Schuldner kann gegen den Spruch nicht appelliren, dem Gläubiger wird Appellation gegen eine ungerechtfertigte Inhibition nicht versagt. Der Spruch des Arbiter stellte, auch der Natur der Sache nach, die Höhe der Forderung nicht definitiv und in jeder Beziehung rechtskräftig fest. Der Gläubiger mußte zwar mit dem Pfandverkauf innehalten, wenn ihm die Summe offerirt war, die vom Arbiter als liquid festgestellt war; es stand ihm aber frei, im ordentlichen Verfahren einen höheren Betrag nachzuweisen; der Schuldner hatte, um den Verkauf zu hindern, die arbitrirte Summe zu offeriren; das Zuvielgeleistete konnte er aber zurückfordern.

Fragen wir noch nach dem Grund, weßhalb der Schuldner den Pfandverkauf durch die Provocation auf den Arbiter suspendiren kann, so liegt er darin, daß der Schuldner sich zur Zahlung erbietet, und daß man annimmt, er thue hier Alles was von seiner Seite zu diesem Zweck gefordert werden kann, da er dem Gläubiger die Mittel eröffnet, in verhältnißmäßig kurzer Zeit zu diesem Ziel zu gelangen[28]). Dem-

27) Ein ähnliches Verfahren sieh in l. 4 C. de usuris pupillaribus 5, 56.

28) Mommsen Beiträge Bd. 3 S. 171. Madai Mora S. 264—266. l. 47 D. de usuris 22, 1.

Digitized by Google

nach, erachtete man, ist hier der Schuldner nicht in Versäumniß, der Gläubiger aber in Schuld, wenn er auf dieses Verfahren nicht eingeht. Um deßwillen ist ihm nicht verstattet, statt auf dem ihm eröffneten Weg Zahlung beizutreiben, die Pfanddistraction einzuleiten.

Uebrigens scheint uns, wie aus dem Bisherigen zur Genüge hervorgeht, gleichgültig, ob zwischen den Partheien über die Höhe der Schuld Streit herrscht — was gerade in dem Alexander vorliegenden Rechtshandel der Fall war — oder ob die ganze Existenz derselben fraglich ist und vom Schuldner bona fide bestritten werden kann, so daß die Provocation auf einen Arbiter gerechtfertigt erscheint. Ebenso irrelevant ist es, ob die Ungewißheit Folge eines verwickelten Rechnungsverhältnisses ist, worauf Manche alles Gewicht legten, oder ob die Frage der Schuld aus andern Gründen ernstlich zweifelhaft war [29]).

Meist faßt man die Entscheidung Alexanders ganz anders und bringt sie in Verbindung mit der Lehre von der Litigiosität [30]). Zu diesem Zweck supponirt man wohl bei Alexanders Entscheidung, daß der Pfandgläubiger im Besitz der Pfandsache gewesen sei, daß er vom Verpfänder mit der actio pigneratitia oder der Eigenthumsklage auf Herausgabe belangt wurde. Gerade hierdurch sei die Sache litigios geworden. Ist aber die heutzutage herrschende Ansicht von der Litigiosität richtig, so war in classischer Zeit nur dem klagenden Nichtbesitzer, nicht dem verklagten Besitzer die Veräußerung der streitigen Sache verboten. Hiervon abgesehen sind jene Suppositionen der Stelle fremd, die nirgends hervorhebt, daß der Gläubiger im Besitz ist, daß er Beklagter sei, daß die Litiscontestation mit ihm vollzogen sei.

Zuweit geht auch die Ansicht, daß stets, wenn wirklich vor der Veräußerung ein Rechtsstreit entstanden ist, die distractio während desselben unterbleiben und der Gläubiger den Ausgang des Rechtsstreits abwarten muß. [31]) — Sollte dies bei jedem Prozeß, der sich über die persönliche Forderung erhebt, der Fall sein, auch wenn derselbe vom Gläubiger angestellt wurde, auch wenn dem Schuldner subjectiv kein Zweifel über die Existenz der Schuld sein kann? Und was wäre der Grund einer solchen Einschränkung der Verkaufsbefugniß? Alexanders Entscheidung kann sie sicherlich in diesem Umfang nicht rechtfertigen.

---

29) Bachofen Pfandrecht S. 647 ff. cfr. S. 171 ff.
30) Fritz Erläuter. Bd. 1 S. 459.
31) Bangerow Pand. § 379 2).

Digitized by Google

§ 98. Besitz des Verkäufers.

Manche Schriftsteller betrachten den Besitz des Pfandgläubigers als nothwendige Vorbedingung des Pfandverkaufs. Es ist dies für das römische Recht grundlos [1]). Der Pfandgläubiger verkauft in Folge seines dinglichen Rechts, das von jedem Besitz unabhängig ist.

Allerdings kann der Käufer Eigenthümer erst werden, wenn er auch den Besitz der Pfandsache erworben hat. Aber den Pfandverkauf vollzieht gleichwohl gültig auch der nichtbesitzende Gläubiger und zwar verkauft er nicht bloß sein Recht, sondern die Sache, so daß fortan dem Schuldner die Befugniß zur Auslösung der Pfandsache gegen Abtragung der Schuldsumme nicht mehr zusteht. Um dem Käufer den Besitz zu verschaffen, wird der Gläubiger die actio hypothecaria anstellen müssen oder er wird sie auch dem Käufer cediren. Besitzerwerb ist demnach nothwendig zu vollen Durchführung des Verkaufs, nicht eine Bedingung seiner Vornahme. Die Gültigkeit des Pfandverkaufs durch den Nichtbesitzer wird durch bestimmte Zeugnisse erwiesen. So erklärt Paulus l. 13 D. de distr. pign. 20, 5.

> Creditor qui jure suo pignus distrahit, jus suum cedere debet et si pignus possidet, tradere utique debet possessionem.

Paulus setzt den Besitz des Gläubigers zwar als einen möglichen, keineswegs als einen ausschließlichen oder auch nur regelmäßigen Fall des Pfandverkaufs. Und daß es sich hier nicht bloß von einer Cession der Rechte des Pfandgläubigers, sondern einem wirklichen Pfandverkauf handelt, ist einleuchtend. Wir werden später auf diesen Punkt zurückkommen.

Auch die l. 2 C. de distr. pign. 8, 28, die l. 22 § 3 D. de pign. a 13, 7 erwähnen Fälle des Pfandverkaufs durch einen Nichtbesitzer. Besonderes Gewicht aber hat l. 12 D. de longi temp. praescr. 44, 3.

> Creditor qui praescriptione longae possessionis a possessore pignoris submoveri possit, pignus distraxit. Quaero

---

1) Unserer Ansicht: Negusantius de pign. p. VI. m. 1 n. 19. Gesterding Pfandr. S. 168 ff. Sintenis Pfandr. S. 518. Glück Bd. 19 S. 382. Dagegen Bachov. de pign. lib. III. c. 29 n. 8. Wesenbec. Paratitla de distr. pign. n. 1 u. 10. bes. Trotsche Verpfändungsrecht. S. 49 Anm. 48 a.

Digitized by Google

an possessori salva sit exceptio adversus emtorem? Paulus respondit etiam adversus emtorem eandem exceptionem competere.

Der dritte Besitzer, der die Verjährung anruft, war offenbar stets im Besitz verblieben. Dennoch hatte der Gläubiger die Pfandsache verkauft (pignus distraxit). Er cedirte nicht bloß seine Rechte. Nur daher entsprang die Möglichkeit des Zweifels, ob auch der Pfandkäufer der Verjährungseinrede weichen müsse [2]). —

Es ist also selbst das gleichgültig, ob der Verpfänder die Sache noch innehat oder ob sie ein Dritter besitzt. Natürlich kann dem Dritten durch den Verkauf auch ein etwaiges beneficium excussionis nicht entzogen werden. Er setzt dies dem Käufer entgegen, der — an des Gläubigers Statt — mit der actio hypothecaria zur Erlangung des Besitzes und des hieran geknüpften Eigenthums gegen ihn auftritt und weist ihn für den Fall zurück, daß vom Verpfänder etwas zu erlangen ist.

Mit dem Resultat, das so erwiesen scheint, steht jedoch ein Ausspruch in scheinbarem Widerspruch. Wir meinen die l. 14 C. de distr. pign. 8, 28 von Diokletian:

Si in hoc, quod jure tibi debetur, satis factum non fuerit, debitoribus res obligatas tenentibus, aditus praeses provinciae tibi distrahendi facultatem jubebit fieri.

Die Macht zum Verkauf der Pfänder, die im Besitz des Schuldners sind, wird hier von einer Vermittlung der Obrigkeit abhängig gemacht. Vorher muß sie also der Gläubiger entbehrt haben. Um diesem Schluß zu entgehen, nimmt man an [3]), der Kaiser zeige nur den Weg an, auf dem sich der Petent die factische Möglichkeit des Verkaufs verschaffen könne. — Der Verkäufer wird in der Regel günstigere Ergebnisse erzielen, wenn er beim Verkauf im Besitz der Pfandsache ist, als wenn er dem Käufer zunächst nur eine Klage mit der Aussicht auf mannichfache Weiterungen cediren kann. Nicht selten wird sich unter solchen Umständen ein Käufer überhaupt nicht finden. Eine

2) Wenig beweist allerdings l. 7 pr. D. de distr. pign. 20, 5. l. 3 l. 4 C. eod. Denn wenn hier von einem Verkauf einer Hypothek gehandelt wird, so ist immerhin möglich wenn auch nicht hervorgehoben, daß sich der Creditor bereits in deren Besitz gesetzt hat.

3) Fritz S. 472. Sintenis l. c. S. 519. Nicht wesentlich anders Gesterding S. 171 flgnde.

Digitized by Google

solche Constellation sei hier zu supponiren, der Petent werde also nur berathen, sich zuvörderst durch Angehen des Präses Besitz und bequeme Gelegenheit zum Verkauf zu verschaffen [4]).

II. § 99. Form des Pfandverkaufs.

Der Pfandgläubiger brachte in Rom sein Pfand — sei es Hypothek oder Faustpfand — selbst zum Verkauf, eine Einmischung des Gerichts kannte man nicht.

Die Vorzüge eines solchen Verfahrens sind einleuchtend. Der Gläubiger konnte rascher zum Ziele kommen, da er nicht erst die Obrigkeit anrufen, ihr sein Recht darthun, ihre Vermittlung beim Verkauf anzusprechen hatte; er konnte die günstigste Verkaufsconjunctur benutzen, die heutzutage bei weitläufigen, gerichtlichen Vorverhandlungen nicht selten entschwinden muß. Dagegen lag — dies ist nicht zu leugnen — die Gefahr einer Uebervortheilung des Schuldners näher. Auch der Modus des Verkaufsacts hing durchaus von der freien Bestimmung des Gläubigers ab. Er konnte den Weg einer öffentlichen Versteigerung wählen, war aber ebensogut berechtigt, die Sache aus freier Hand auf dem Wege der Privatunterhandlung zu verkaufen. Daß dieser oft günstigere Ergebnisse liefert und häufig vorzuziehen ist, liegt in der Natur der Sache. Auch mit Abwesenden war demnach der Abschluß möglich.

Doch forderte der Gebrauch die Beobachtung gewisser Formalien, die dem Schuldner Garantie dafür leisteten, daß der höchstmögliche

4) Diese Erklärung mag für das justinianeische Recht genügen. Ganz befriedigend ist sie freilich nicht. Diocletian bezeichnet in einer ganzen Reihe von andern Rescripten (l. 6 l. 11 l. 16 l. 19 C. de distr. pign. 8, 28. l. 7 C. de oblig. et act. 4, 10. cfr. 18 C. qui pot. 8, 18) mit facultas distrahendi die Rechtsbefugniß des Verkaufs, es will nicht recht passen, daß er hier mit dem gleichen Ausdruck bloß die factische Möglichkeit zum Verkauf meinen soll. Auch ist es auffallend, daß der Rath des Kaisers bei einem Verhältniß eingeholt worden sein soll, das nicht die mindeste juristische Schwierigkeit geboten hätte. Es ließe sich daher denken, daß der in der Anfrage berührte Fall anders lag; der Petent hatte vielleicht vorgestellt, daß eine liquide Forderung von seinen Schuldnern nicht erfüllt werde; daß aber diese Pfänder innehätten, die ihnen wegen Forderungen gegen Dritte versetzt waren, worauf der Kaiser rescribirt hätte, der Präses solle die Execution in der Art leiten, daß der Bittsteller die seinem Schuldner gestellten Pfänder cessionario nomine verkaufen und sich hieraus befriedigen könne. Durch das Wegfallen der Anfrage, auf die Bezug genommen war, wäre der ursprüngliche Sinn verdunkelt worden.

Digitized by Google

Preis erlöst, die vortheilhaftesten Bedingungen erzielt wurden. Diese Solennitäten bestanden in einer Proscription an die kaufluſtige Menge und in einer hiermit Hand in Hand gehenden Denunciation an den Schuldner:

1) Nichts ist natürlicher, als daß der Verkäufer den beabsichtigten Verkauf öffentlich bekannt macht, um dadurch die größtmöglichste Concurrenz von Kaufliebhabern zu erzielen. Daher wird von römischen Schriftstellern eine solche Proscription nicht selten bei freiwilliger Veräußerung erwähnt [1]); sie war eine nothwendige Solennität, falls das Vermögen eines Schuldners, der sich nicht defendirte und in Concurs gerieth, verkauft werden sollte [2]). Auch beim Pfandverkauf bildete sie die regelmäßige Form, von welcher der Gläubiger nicht ohne Gründe abgehen sollte. l. 15 § 32 D. de injuriis 47, 10. Ulpianus libro 77 ad edictum . . si quis pignus proscripserit venditurus. l. 4 C. de distr. pign. 8, 28. Creditor hypothecas sive pignus cum proscribit . . . [3]).

2) Gleichzeitig mit Vornahme der Proscription soll dem Schuldner vom Verkauf Nachricht gegeben werden, damit auch er sich umthue und Käufer aufsuche, damit er eine Controle üben könne über das Benehmen und die Legalität des Pfandgläubigers. Die eben citirte l. 4 spricht dies aus:

> Creditor hypothecas sive pignus cum proscribit, notum debitori facere et sibi bona fide rem gerere et quando licet testato dicere debet . . a 226.

Diese Denunciation ist wesentlich verschieden von der Interpellation, die vor Einleitung des Pfandverkaufs geschehen muß und von der wir oben handelten [4]). Jene Denunciation soll den Schuldner in Verzug setzen. Diese hat den Zweck, ihm eine Controle über den Verkauf zu geben. Jene findet dann nicht statt, wenn der Creditor sich für den Fall nicht rechtzeitiger Zahlung unmittelbaren Verkauf vorbehalten hatte; diese ist eine allgemeine Pflicht der bona fides.

---

1) Z. B. Cicero de officiis III. 13. Plin. epist. VII. 27.

2) Gaj. III. 79.

3) Manche Schriftsteller identificiren die öffentliche Auskündigung, die hier für die Regel verlangt wird, mit einer öffentlichen Versteigerung oder Veräußerung, z. B. Müller l. c. S. 108. Es ist indessen einleuchtend, daß es sich hier um verschiedene Begriffe handelt, und daß eine Bekanntmachung der Intention zu verkaufen nicht ausschließt, daß man aus freier Hand verkauft.

4) S. 122.

Digitized by Google

Eine bestimmte Form hat auch unsere Denunciation nicht. Zwar sollen bei mündlicher Anzeige Zeugen zugezogen werden, nicht bloß des Beweises halber, sondern damit der Ernst der Denunciation hervortrete. Unumgänglich nothwendig ist dies nicht. Auch eine schriftliche Denunciation wird hinreichen [5]).

Die Nothwendigkeit der Denunciation und jedes aus der Unterlassung folgende nachtheilige Präjudiz wird aber wegfallen, wenn der Gläubiger den Verpfänder nicht auffinden kann, dieser ohne Vertreter abwesend ist oder auch wenn er verstarb, ohne daß ein Erbe antrat. In der That wird der Möglichkeit des Pfandverkaufs während ruhender Erbschaft öfter gedacht [6]).

Nehmen wir an, der Verpfänder hat die Pfandsache nach der Verpfändung veräußert, hat dann der Gläubiger die Anzeige an den Pfandgeber oder an den jetzigen Eigenthümer zu machen? Das letztere scheint billig [7]), da der Eigenthümer im Fall der Pfandveräußerung das nächste Interesse hat. Dennoch werden wir uns nicht hiefür entscheiden. Denn der Gläubiger steht dem Eigenthümer gegenüber in keinem contractlichen Verhältniß, in keinen Pflichten. Welche Klage sollte dieser im Fall der Nichtdenunciation anstellen? Derselbe hat weder einen etwaigen Ausfall zu decken, noch einen Anspruch auf die hyperocha, die vielmehr dem Verpfänder auszuhändigen ist. Dem Verpfänder ist also zu denunciren; er wird, wenn er dem jetzigen Eigenthümer regreßpflichtig ist, demselben angemessene Mittheilung machen.

Eine Pflicht des Pfandgläubigers zur Denunciation an die Nachhypothekarien existirt nicht, wohl aber liegt sie nicht selten in seinem Interesse, da die Nachhypothekarien häufig anbieten werden, um ihr Recht zu consolidiren, also durch ihre Concurrenz den Kaufpreis in die Höhe treiben. Der Schuldner hingegen wird den Nachhypothekarien von seiner Seite Mittheilung von der ihm gemachten Denunciation geben müssen. Dies entspricht, wie uns scheint, den Grundsätzen der bona fides. Unterläßt er dies, so kann er mit der actio pigneratitia contraria in Anspruch genommen werden. —

---

5) l. 24 C. de neg. gest. 2, 19 verb. ex quo testatio ad eum facta est vel in scriptis vel sine scriptis.

6) Z. B. l. 5 § 1. l. 7 § 3 D. de jure deliberandi 28, 8.

7) So Fritz S. 461. Dag. Bachofen Pfandr. S. 183.

Digitized by Google

Die Denunciation muß so zeitig geschehen, daß dem Schuldner noch ein Einfluß auf die Verkaufsunterhandlung offen bleibt. Wie viel Zeit für den definitiven Abschluß vergehen muß, richtet sich nach den concreten Verhältnissen. Weiterer Anzeigen von Seiten des Creditors bedarf es nach einmaliger Denunciation nicht[8]). Es ist jetzt Sache des Verpfänders, sich von der weiteren Entwickelung und dem endlichen Abschluß des Verkaufs Nachricht zu verschaffen. Bliebe jedoch die Verhandlung ohne Resultat und würde erst nach längerem Liegenlassen der Verkauf wieder aufgenommen, dann bedürfte es erneuter Proscription und Denunciation.

Der Natur der Sache scheint es entsprechend, daß die Formalitäten, die dem Gläubiger obliegen, Proscription und Denunciation Bedingungen der Gültigkeit des Pfandverkaufs seien, daß sich an deren Nichtbeobachtung Nichtigkeit des ganzen Acts knüpft. Gleichwohl ist dies nicht der Fall. Die Jurisprudenz hielt daran fest, daß das Recht des Gläubigers zum Verkauf an und für sich von der Vornahme dieser Solennitäten unabhängig sei. Ihre Vernachlässigung begründete nur die Präsumtion eines fraudulösen Benehmens des Gläubigers. Ein solches macht zwar den Gläubiger oder auch den Käufer, der hieran Theil nahm, verantwortlich; den Eigenthumsübertrag selbst hingegen nicht nichtig. Dies Alles geht hervor aus folgendem Rescript:

> l. 4 C. si vendito pignore 8, 30.
>
> Cum contra bonam fidem venditionem obligatae possessionis a creditore factam alleges, non observatis quae in distrahendis pignoribus celebrari consueverunt ... experire ... non tantum adversus creditorem verum etiam adversus possessorem, si fraudem participasse cum creditore docere potueris[9]).

Wäre der Verkauf wegen Unterlassung der Formalien nichtig, so könnte gegen den Käufer unter allen Umständen auf Restitution geklagt werden! Was aber ist nach dieser Auffassung das Petitum des Verpfänders gegenüber dem Gläubiger? Offenbar nur Ersatz der Differenz zwischen dem höchsten Werth, der aus dem Pfandgrundstück bei gehöriger Bekanntmachung und Assistenz des Verpfänders hätte erlöst werden können und dem wirklichen Erlös. Dem Kläger wird der

---

8) Vgl. auch Fritz S. 471.

9) cfr. l. 9 C. de distract. pignorum 8, 28, Bachofen l. c. S. 183 ff.

Digitized by Google

Nachweis dieſer Differenz auf gewöhnlichem Wege nicht leicht gelingen, gerade deßwegen aber wird er berechtigt ſein, dieſen ſeinen Schaden durch ein einſeitiges juramentum in litem dem doloſen Gläubiger gegenüber feſtzuſtellen [10]). Werden im Verpfändungsvertrag ausdrücklich Beſtimmungen über die Formalien des Pfandverkaufs getroffen, ſo iſt zu unterſcheiden, ob dieſelben, was im Zweifel eher anzunehmen iſt, als Bedingungen gedacht und gefaßt ſind; dann zieht ihre Verſäumniß Nichtigkeit nach ſich [11]) — oder ob ſie nur Anforderungen an den Creditor enthalten, deren Vernachläſſigung ihn perſönlich verantwortlich macht, dem Verkauf an und für ſich nicht ſchadet.

Beſondere Vorſchriften erließen die römiſchen Kaiſer für den Verkauf durch den Fiscus. Hier war nicht nur dafür Sorge zu tragen, daß nicht der Verpfänder benachtheiligt werde, ſondern nicht weniger, daß der Fiscus nicht durch Colluſion der Fiscalbeamten mit den Käufern zu Schaden komme. Vor Allem ſtellte man daher den fiscaliſchen Verkauf unter die Garantie der Oeffentlichkeit. Man erklärte nur den Verkauf für gültig, der unter Aufſteckung der hasta [12]) öffentlich nach vorgehender Proſcription vorgenommen wurde und bei dem die Sache dem Meiſtbietenden zugeſchlagen wurde. Schon in einer Verordnung vom Jahr 213 gedenkt Antoninus dieſer Form, als einer Nothwendigkeit. Des weiteren war, um jeder Uebervortheilung des Fiscus möglichſt vorzubeugen, beſtimmt, daß der Verkauf nicht als unbedingt gelte, ſondern an die ſtets hinzugedachte Reſolutivbedingung gebunden ſei, falls nicht ein Mehrgebot innerhalb einer beſtimmten Friſt erfolge [13]). Endlich verordnete Valentinian im Jahr 392, vor dem fiscaliſchen Verkauf ſolle der Werth der ausgebotenen Sache und die Größe ihrer Einkünfte geſchätzt werden [14]). Nur ein Verkauf, bei dem

10) cfr. l. 5 D. depositi 16, 3. l. 5 § 4. l. 6 D. de in litem jurando 12, 4.

11) l. 4 l. 5 D. de p. a. 13, 7. l. 73 D. de furtis 47, 2. vgl. auch Stephanus Basil. XXV. 1 c. 5 ed. Heimbach tom. III. p. 53.

12) l. 1 C. de fide et jure hastae 10, 3. l. 2 l. 4 l. 6 C. eod. l. 3 C. si advers. fiscum. 2, 37. Unhaltbar iſt die Meinung von Fritz Erl. S. 470, Sintenis S. 512, Windſcheid Pand. I. § 237 n. 11, dieſe Solennitäten ſeien durch die l. 3 C. de jure dom. impetr. von Juſtinian beſeitigt, da das allgemeine dem ſpeciellen Geſetz nicht derogirt. Dagegen auch Marezoll Löhrs Magazin Bd. 4 Abh. 7. Müller Abh. S. 109. Bangerow § 379 5).

13) l. 50 D. de jure fisci 49, 14. l. 4 C. de jure hastae 10, 3. l. 1 C. de vendendis rebus 11, 31. l. 21 § 7 D. ad municip. 50, 1.

14) l. 3 C. Theod. de fide et jure hastae 10, 17 = l. 16 C. Just. de resc. vend. 4, 44.

Digitized by Google

die Taxsumme erreicht werde, solle als unverdächtig gelten und unanfechtbar sein. Wie die Sache zu halten sei, wenn trotz angestellter Versuche die Taxsumme nicht zu erzielen ist, darüber schweigt freilich die Verordnung.

Diese Normen des fiscalischen Verkaufs haben für uns auch darum Interesse, weil das moderne Recht die gerichtliche Subhastation der Pfänder vielfach an sie anzulehnen suchte.

§ 100. Fortsetzung. Justinians Verordnung.

Unsere Darstellung hat bisher keine Rücksicht genommen auf die Verordnung Justinians vom 15. April 530, welche als l. 3 in den Titel de jure dominii impetrando 8, 34 aufgenommen ist. Freilich ist Sinn und Tragweite dieser, so wie mancher andern justinianeischer Verordnungen bestritten und zweifelhaft.

Der Kaiser beginnt seine Verordnung mit der Bemerkung, er beabsichtige eine alte Förmlichkeit, welche praktisch nicht mehr im Gebrauch sei, zu beseitigen und durch Zweckmäßigeres zu ersetzen. Es habe nämlich in alter Zeit bei Pfändern, die sich der Gläubiger als Eigenthum zuschlagen lassen wolle (in pignoribus, quae jure dominii possidere aliquis cupiebat), eine proscriptio publica bestanden und es sei ein Jahr zur Auslösung der Pfandsache gewährt worden. Doch habe er weder je gesehen, noch anders als aus den Büchern der alten Juristen gehört, daß ein Pfand öffentlich proscribirt worden sei. Statt dessen solle daher Folgendes gelten: Sei im Pfandvertrag etwas über Art und Weise des Pfandverkaufs vorgesehen, so habe sich der Gläubiger hiernach zu richten; sei dies aber nicht der Fall, dann licentia dabitur foeneratori ex denuntiatione vel ex sententia judiciali post biennium, ex quo attestatio missa est vel sententia prolata est, eam vendere. Wenn aber nach dieser Zeit, in welcher dem Schuldner die Auslösung noch freistand, kein Käufer auftrat, dann könne sich der Gläubiger den Zuschlag vom Regenten erbitten. Darauf geht die Verordnung tief ins Detail (§ 2—6) über das hierbei einzuhaltende Verfahren und die Rechte des Gläubigers und des Schuldners im Fall des Zuschlags, was hier nicht näher zu verfolgen ist.

Nicht ganz fern liegt folgende Auslegung der Verordnung Justinians: wenn der Gläubiger zu einem Eigenthumszuschlag gelangen will, so müssen mindestens zwei Jahre verstreichen und es sind noch nachher Verkaufsversuche zu machen; diese Wartefrist ist aber nicht obli-

Digitized by Google

gatorisch, wenn vorher ein passender abschließlicher Verkauf erzielt werden kann [1]). Hiefür ließe sich anführen: Justinian beschäftigt sich principiell nur mit dem Eigenthumszuschlag, dies zeigt schon die Titelrubrik, in welche die Verordnung gesetzt; die Einleitung der Verordnung schafft Formen ab, die für den Eigenthumszuschlag bestimmt waren und erklärt, diese reguliren zu wollen, von § 2 an ist Justinian nur mit dem Eigenthumszuschlag beschäftigt. Es liegt demgemäß die Annahme nahe, daß auch § 1 von dem Verkaufsverfahren nur insoweit spricht, als es dem Zuschlag vorgehen muß. Diese Auffassung empfiehlt sich auch aus dem Grund, weil eine Maßregel, welche den Gläubiger allgemein und ohne Unterschied zum zweijährigen Warten mit dem Pfandverkauf wegen einer fälligen Forderung zwingt, so unzweckmäßig und verkehrt ist, daß man sie gewiß nicht ohne die dringendsten Gründe aus Justinians Verordnung herauslesen kann.

Dennoch wäre diese Auslegung mit Wort und Sinn der Verordnung nicht vereinbar. Wohl ist es richtig, daß Justinian sich zunächst mit der dominii impetratio beschäftigt, aber er benutzt die Gelegenheit Normen für den Pfandverkauf überhaupt zu geben. Es ist dies nicht das einzigemal, daß Justinian Verhältnisse ordnet, die mit seinem Hauptthema nur entfernt zusammenhängen und im Vorübergehen Vorschriften von bedeutendster Tragweite giebt, daß er sich an Nebenpunkten mit unerschöpflicher Weitläufigkeit abmüht, die wichtigsten Bestimmungen aber kurz abthut.

Wen der Wortlaut der Constitution selbst nicht überzeugt, daß Justinian den Pfandverkauf ganz im Allgemeinen reguliren wollte, dem giebt wenigstens des Kaisers Referat in den Institutionen Gewißheit. Durch seine Verordnung, berühmt er sich, sei vorgesorgt: ne creditores jus suum persequi impedirentur neque debitores temere suarum rerum dominium amittere videantur; es sei certus modus impositus, per quem pignoris distractio possit procedere [2]). Von einer andern justinianeischen Verordnung über den Pfandverkauf als unsere l. 3 existirt aber keinerlei Spur.

---

1) Besonders Donellus de pignoribus cap. 10 Voet. comm. ad Pand. h. t. § 1; dagegen u. A. Bachov. III. c. 22 n. 5. Erxleben de pign. § 187 fast alle Neueren.

2) § 1 J. quibus alienare licet 2. 8. Ebenso führt ein Scholium von Stephanus Basil. XXV. tit. I. c. 4 1) bei Heimbach tom. III. p. 53 aus constitutio indefinite

Digitized by Google

Zur Erklärung dieser so auffallenden Wartefrist läßt sich denn auch Manches aus den Verhältnissen der justinianeischen Zeit anführen. Hauptmotiv war allerdings schlaffe Humanität gegen den Schuldner, die sich ja durchaus in der justinianeischen Gesetzgebung geltend macht. Dazu kam aber, daß die Juristen der justinianeischen Zeit in den Schriften der älteren classischen Juristen, die ja bis zum Erlaß des Gesetzeswerks auch noch mit gesetzlichem Ansehen bekleidet waren, fanden, daß der Pfandverkauf ursprünglich von Abschluß einer besondern Verkaufsconvention abhängig war, was man trotz der entgegenstehenden Aussprüche der spätern classischen Juristen zur Verwirrung der Verhältnisse benutzen konnte. Hieran knüpfte Justinian an, indem er sich geradezu die Miene giebt, als wolle er den Gläubigern, welche den Abschluß einer Verkaufsconvention unterlassen hatten, zu Hülfe kommen. Factisch war die Wartefrist um deßhalb weniger bedenklich, weil der Creditor auch in der Zwischenzeit die actio hypothecaria hatte, sich also in den Besitz des Pfandobjects setzen und die Früchte auf die Zinsen und die Schuld aufrechnen konnte. Endlich aber fand bei dem zerrütteten Zustand der Verhältnisse in den Zeiten Justinians, bei dem niedrigen Güterwerth der Creditor häufig doch keinen Käufer für das feilgebotene Grundstück; es fiel ihm meist zuletzt anheim und für diesen Fall macht es allerdings kaum einen Unterschied, ob die Sache etwas früher oder später zum definitiven Abschluß kam. Noch bleiben folgende Zweifel zu lösen:

a) Welches war der Charakter der Proscription, die der Kaiser im Eingang seiner Verordnung für antiquirt erklärt und verwirft. Allgemein versteht man hierunter die vom Gläubiger ausgehende, den gewöhnlichen Pfandverkauf einleitende Anzeige ans Publikum, welche man im classischen Recht forderte [3]). Dies ist wenig wahrscheinlich. Sollte eine so natürliche und einfache Form, wie die Auskündigung des Pfandverkaufs in Constantinopel je ganz außer Gebrauch gekommen sein? Und wäre es danach nicht befremdend, daß trotz der Abrogation unsere justinianeischen Quellen die proscriptio immer noch als gewöhnliche Form der Einleitung des Verkaufs darstellen? Justinian hatte wohl ein anderes — jetzt verschollenes Institut im Auge.

---

sit creditorem post denuntiationem vel adito magistratu absente debitore et post biennii lapsum pignus vendere posse, si de eo nihil convenerit.

3) Vgl. z. B. Vangerow § 379 5).

Digitized by Google

Er erzählt, daß in pignoribus, quae jure dominii possidere aliquis cupiebat, eine proscriptio publica bestanden habe, die nicht mehr vorkomme. Es war dies eine Solennität der dominii impetratio, etwa eine Publication, die vom Prätor oder Präses provinciae erlassen wurde, deren Besonderheiten wir aber heutzutage nicht mehr kennen, weil sie eben durch Justinian aus den Quellen ausgemerzt wurde.

Die vom Gläubiger ausgehende Anzeige des Pfandverkaufs erscheint also nicht als beseitigt.

b) Die Verordnung verlangt, daß der Creditor von der Denunciation oder einer judicialis sententia an zwei Jahre warte. Die Denunciation, die hiermit gemeint ist, war offenbar nicht die mit der Proscription verbundene Notification der Inhandnahme des Verkaufs, sondern die erste Denunciation zur Zahlung der Schuld, die dem Verkauf vorgeht und ihn einleitet.

Zweifelhafter ist, was Justinian unter der judicialis sententia prolata verstand, die er der Denunciation gleichstellt. Ein Scholium von Stephanus deutet dies dahin, daß man im Fall der Abwesenheit des Schuldners statt der Denunciation die Obrigkeit angehen müsse, ein Schritt, der demnach durch einen Ausspruch des Gerichts constatirt sein müßte [4]).

c) Wir sahen oben, daß nach classischem Recht der Pfandgläubiger, welcher sich durch Vertrag anheischig machte, nicht zu veräußern, erst nach dreimaliger Mahnung verkaufen darf. Ist nun die zweijährige Frist Justinians von der ersten Denunciation oder von der letzten an zu rechnen. —

Wären diese verschiedenen Bestimmungen einem Kopf entstammt, nach einem bestimmten Plan getroffen, dann dürften wir vielleicht combiniren und könnten annehmen, zuerst sei das Mahnverfahren mit sämmtlichen Denunciationen zu beendigen und dann erst laufe der zweijährige Termin ab [5]). In der That haben wir hier aber Normen vor

4) Oben Anm. 2. Die Autorität von Stephanus bei Auslegung justinianeischer Constitutionen ist gewiß eine große, obgleich die Möglichkeit eines Mißverständnisses nicht zu leugnen ist. Andere Erklärungen geben: Negusantius p. VI. m. 1. n. 4 Bachov. III. c. 23 n. 5: Dd. illud de denunciatione ad debitum liquidum, hoc de sententia ad debitum illiquidum referunt. Westphal § 197 nimmt an, denunciatio ist hinlänglich, wenn der Schuldner das Pfand in Händen hat; sententia judicialis wird bei einer Hypothek erfordert, wo erst der Besitzer bis zur Hülfsvollstreckung ausgeklagt werden muß. —

5) Hiefür bes. Zimmern in Linde's Ztschrft. Bd. I. S. 51. Aber auch frühere

Digitized by Google

uns, die verſchiedenen Jahrhunderten und Anſchauungen entſproſſen, in der Compilation zwar zuſammen aufgenommen ſind, vom Geſetzgeber aber, ſoweit wir erkennen können, nie zuſammengedacht werden, die alſo getrennt nebeneinander beſtehen. So genügt es, daß nach der erſten Mahnung zwei Jahre verfloſſen, die andern Mahnungen aber zu irgend einer Zeit erfolgten. Daß der Schuldner, der längſt im Schuldrückſtand iſt, hierdurch überraſcht, gleichſam überrumpelt werde, wie man eingewendet hat, iſt doch kaum zu fürchten. Ein noch merkwürdigeres Beiſpiel, wie einerſeits ein Termin läuft und andererſeits eine damit in Verbindung ſtehende Handlung auf deſſen Anfang nicht den geringſten Einfluß übt, giebt die l. 27 C. de test. 6, 23, an die wir hier wohl erinnern dürfen. Nachdem Honorius verordnet hatte, daß jedes Teſtament durch Ablauf von zehn Jahren von ſelbſt ungültig werde, hob dies Juſtinian auf und forderte, daß zu dieſer Friſt ein in beſtimmter Form erklärter Wiederruf hinzukomme. Die zehnjährige Friſt nun läuft nach dem klaren Tenor des Geſetzes vom Augenblick der Teſtamentserrichtung nicht des Wiederrufs an und es iſt gleichgültig, ob der Wiederruf innerhalb des Decenniums oder nach Ablauf deſſelben erfolgt [6]).

d) Die Friſt von zwei Jahren fällt — wie Juſtinian ausdrücklich hervorhebt, weg, wenn die Partheien abweichende Beſtimmungen vereinbaren. Sie iſt ſchon dann unanwendbar, wenn bei Abſchluß der Verpfändung convenirt iſt, daß der Gläubiger am Verfalltag im Fall der Nichtbefriedigung veräußern dürfe [7]).

Welches auch der Werth jener zweijährigen Friſt zu Juſtinians Zeiten war, in den volkswirthſchaftlich geſündern Verhältniſſen der neuern Zeit erſchien ſie als ein unerträglicher, ja unbegreiflicher Aufſchub und hat reelle Anerkennung niemals gefunden. Schon die Gloſſe [8]), noch beſtimmter aber Bartolus erklären, daß die Normen unſeres Geſetzes mit den Statuten Italiens nicht übereinſtimmten und nicht beobachtet wurden.

---

z. B. Negus. p. VI. m. 1. n. 4. Dagegen Fritz Erläuterungen S. 408 in ausführlicher Unterſuchung, Vangerow § 379 not. 4.

6) Mühlenbruch in Glücks Pandekten Bd. 38 S. 274 ff. Vangerow Pand. II. S. 243.

7) Die bloße Convention der Gläubiger dürfe verkaufen, derogirt dagegen der Wartefriſt noch nicht; es iſt hier nicht beſtimmt „quemadmodum debet pignus distrahi". vgl. Thöl Handelsrecht § 110 Anm. 4.

8) Glossa ad h. l. Bartolus ad h. l.

Digitized by Google

Die deutschen Autoritäten gehen scheinbar weniger weit. Sie lassen die Frist nur wegfallen beim gerichtlichen Verkauf [9]), da aber factisch der Pfandverkauf dem größern Theil nach ein gerichtlicher war, so kam auch dies fast einer Beseitigung des justinianeischen Gesetzes gleich.

III. § 101. Pflichten des Pfandverkäufers gegenüber dem Verpfänder.

Der Pfandgläubiger soll, wie die Quellen hervorheben, beim Verkauf bona fide zu Werke gehen [1]). Er steht daher vor Allem dem Verpfänder für dolus und culpa lata ein und haftet hiernach mindestens wegen Vernachlässigung der Sorgfalt, die er in eignen Dingen anzuwenden gewohnt ist. Aber auch für die Sorgfalt eines überlegten Geschäftsmanns, die ihm in eignen Dingen fehlt, ist er verantwortlich. Denn der Pfandgläubiger hat allgemein die Pflicht, die Diligenz eines ordentlichen Manns anzuwenden [2]); die fides prästirt vollständig nur wer den Ansprüchen völlig nachkommt, die nach dem Geist und der Natur des Contracts an ihn gemacht werden [3]).

Immerhin aber ist zu unterscheiden. Nach manchen Richtungen hin steht das Interesse des Verpfänders und das des ehrlichen und pflichtgetreuen Pfandgläubigers in keinem Widerspruch, ja befindet sich mit ihm in vollständiger Uebereinstimmung, insbesondere liegt die Erzielung eines möglichst hohen Preises im beiderseitigen Interesse. In diesen Fällen ist die Anwendung der höchsten Sorgfalt unbedingt gefordert.

---

9) Colerus de process. execut. cap. 9. p. 3 § 119 bezeugt dies für das jus Saxonicum. Hartmann Pistor quaest. jur. III. 18, n. 11. Mevius dec. p. VII. dec. 310 p. VIII. dec. 260. Hofacker princ. juris tom. II. § 1193 not. e. Thibaut Pand. 7. Aufl. § 650 not. x. Glück Bd. 19 S. 390 Anm. 30. Schweppe röm. Privatrecht § 331 a. E. Arndts Pand. § 375. Dag. Müller Abh. S. 107.

1) So l. 10 D. de in diem add. 18, 2 bona fide negotium agere. l. 4 C. de distr. pign. 8, 28 bona fide rem gerere. cfr. l. 4 C. si vend. pign. 8, 30.

2) l. 13 § 1. l. 14 D. de p. a. 13, 7 oben Bd. I. S. 151.

3) Bachofen ist entgegengesetzter Ansicht Pfandr. S. 607; er fordert bei Vornahme des Verkaufs nur Abwesenheit der betrüglichen Absicht. Aber auch fürs Mandat erklärt Ulpian l. 10 pr. D. mandati 17, 1 nihil enim amplius, quam bonam fidem praetare eum oportet; doch zweifelt man nicht mehr, daß der Mandatar für diligentia haftet. cfr. auch l. 52 § 1 u. § 2 D. pro socio 17, 2 und Hasse Culpa S. 365.

Digitized by Google

Sehr häufig aber liegt die Sache so, daß das Interesse und das Recht auch des ehrlichen Pfandgläubigers und der Vortheil des Verpfänders in einen mehr oder weniger ausgesprochenen Widerspruch tritt. Hier ist der Pfandgläubiger berechtigt, das eigne Interesse ausschließlich im Auge zu behalten. Es ist ihm die rücksichtslose Ausübung seines Rechts zum Zweck pünktlicher und bestmöglicher Realisirung seiner Forderung gestattet, selbst wenn sie zum ökonomischen Verderben des Schuldners gereicht. Die Stellung des Mandatars, dem das fremde Interesse maßgebend sein soll und die des Pfandgläubigers, der das eigne Recht realisirt, ist weit verschieden [4]). Nur darf natürlich der Pfandgläubiger nicht unter dem bloßen Vorwand des eignen Interesses illoyaler- und dolöserweise die Absicht haben, den Verpfänder zu schädigen; vielmehr würde er sich, falls dies nachweisbar wäre, verantwortlich machen. Diese Gesichtspunkte sind jetzt im Einzelnen zu bewahrheiten:

1) Eine Verantwortlichkeit des Gläubigers existirt vom Moment an, in dem er den Verkauf einleitet. Er kann nicht zur Rechenschaft gezogen werden, wenn er früher den günstigen Augenblick zum Verkauf unbenutzt verstreichen ließ und sich erst später zu demselben entschließt, selbst wenn vorherzusehen war, daß sich der Werth des Pfandes nicht auf gleicher Höhe erhalten werde. Der Verkauf ist ein Recht des Creditors, ein Executionsmittel, das in seine Hand gelegt ist. Der Schuldner kann ihm keinen Vorwurf daraus machen, daß er zu diesem Aeußersten nicht früher schritt und Auslösung erwartete. Es steht dem Schuldner ohnehin frei, den Verkauf selbst zu betreiben, falls er die volle Schuldsumme erlösen und den Gläubiger abfinden kann.

Daher ist dem Gläubiger überhaupt die Wahl des Zeitpunkts des Verkaufs vollkommen überlassen. Der Gläubiger kann auch unter ungünstigen Conjuncturen veräußern; der Schuldner oder der Nachhypothekar dies durch keinen Protest verhindern [5]).

2) Dagegen ist der Gläubiger verpflichtet, wenn er zum Verkauf schreitet, die größte Sorgfalt anzuwenden, um den höchstmöglichen Preis zu

---

4) Anders Thibaut Pand. 7. Aufl. § 651 not. y. „Der Gläubiger muß dabei als Mandatar des Schuldners auf dessen Vortheil bedacht sein."

5) l. 6 pr. D. de pign. a 13, 7. cfr. l. 51 § 3 D. de fidej. 46, 1. l. 15 § 5 D. de re judic. 42, 1.

Digitized by Google

erzielen[6]). Dies begreift in sich, daß er die möglichst günstigen Bedingungen über die Modalitäten der Zahlung, Termin, Ort, auszubedingen sucht. Hier geht das Interesse des pflichttreuen Gläubigers und des Verpfänders durchaus Hand in Hand.

Doch soll der höhere Preis nicht auf Kosten der Sicherheit erstrebt werden; der Gläubiger ist berechtigt wie verpflichtet, den solventen Käufer dem unsichern Schwindler vorzuziehen. Eine Anwendung dieser Sätze macht Julian[7]). Der Creditor hatte das Pfand unter der Clausel der addictio in diem verkauft; innerhalb der gesetzten Frist erfolgte ein höheres Gebot, hier ist der Gläubiger in der Regel verpflichtet, dem zweiten Käufer den Zuschlag zu machen. Nur dann ist dessen Gebot nicht zu berücksichtigen, falls er mittellos ist — etwa bloß bietet, um den Verkauf an den Ersten zu hintertreiben — ebenso falls er nicht leicht belangbar sein sollte, es sei denn wieder, daß er vollständige und parate Sicherheit stellt.

Interessant ist die Frage, ob der Pfandgläubiger — soweit es sich um Befriedigung seiner Forderung handelt — die Bedingung setzen darf, daß die Zahlung des Kaufpreises sofort erfolge, ob er demnach berechtigt ist, ein besseres Gebot zurückzuweisen, welches an die Bewilligung von Fristen und Terminen geknüpft wird.

Es ist einleuchtend, daß sich eher Käufer finden, wenn denselben geräumige Fristen zugestanden werden, daß so eine größere Concurrenz ermöglicht und ein dem wirklichen Werth des Unterpfandes angemessenes Gebot erzielt wird. Erzeugt dies aber eine Verpflichtung des Gläubigers? Man hat dafür angeführt[8]), daß der Creditor als Mandatar des Verpfänders zu behandeln sei, und daß er dessen Vortheil mit dem sei-

---

6) cfr. l. 3 § 3 C. de jure dominii impetr. 8, 34 . . . „sacramenti religionem praestare compellatur quod . . . tanti vendiderit rem, quando potuerit venire."

7) l. 10 D. de in diem addict. 18, 2. Etwas freier wird der Gläubiger in seinen Entschlüssen sein, wenn er unter Zufügung einer lex commissoria verkauft. Es wird in der Regel seinem Ermessen vorbehalten sein, ob er im Fall nichtrechtzeitiger Zahlung zurücktreten will mit Gewinn der etwa geleisteten Arrha und eines Theils des Kaufpreises oder ob er den rückständigen Betrag vom Käufer eintreibt. Mußte er bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit einsehen, daß der letztere Weg zu keinem Ziel führe, ist etwa der Käufer bereits in Concurs gerathen, so trifft ihn die Verantwortlichkeit für die Wahl.

8) Bopp Archiv. f. c. Pr. Bd. 14 S. 266. Vgl. dagegen Seuffert prakt. Pandektenrecht 4. Aufl. § 204 not. 6.

Digitized by Google

nigen zu combiniren habe, was gerade durch eine angemessene Creditirung geschehe; endlich, daß auch sonst dem Creditor ohne Bedenken zugemuthet werde mit seiner Befriedigung abzuwarten, wie dies namentlich in der zweijährigen Frist, die Justinian fordert, hervortrete. Aber Mandatar des Schuldners ist der Gläubiger nicht und wenn er dessen Interesse im Auge behalten soll, so gilt dies nur insoweit, als es mit den eignen, begründeten Ansprüchen des Gläubigers nicht collidirt. Der Zweck des Pfandrechts ist nicht bloß Sicherung der Erfüllung, sondern möglichst pünkliche Entrichtung, und Justinians singuläre, innerlich ungerechtfertigte Verordnung kann einen Maaßstab für andere Verhältnisse nicht geben. Die Forderung des Creditors ist fällig, ihre Befriedigung vom Schuldner verabsäumt. Den Creditor, der zum Verkauf gedrängt ist, zu nöthigen, aufs neue zu warten, dazu fehlt für die Regel jeder rechtliche Grund.

Wenn jedoch ein allgemein befolgtes Herkommen existirt, wonach bei Verkäufen gewisser Objecte bestimmte Fristen üblich sind, dann läßt sich die Pflicht des Gläubigers zur Einhaltung solcher Termine aus dem Grund rechtfertigen, weil anzunehmen ist, die Partheien hatten sofort bei Abschluß des Pfandvertrags nur einen Pfandverkauf in landesüblicher und herkömmlicher Weise gestattet und convenirt [9]).

3) Nicht ganz leicht ist die Frage zu beantworten, inwieweit den Gläubiger eine Verantwortlichkeit trifft, dem mehrere Pfänder gestellt sind, wenn er gerade das Pfand zum Verkauf wählt, dessen Veräußerung für den Schuldner am nachtheiligsten ist, oder wenn er etwa alle zum Verkauf bringt, obgleich schon der Verkauf einiger oder eines einzigen zur Deckung der versicherten Forderung genügen würde. — Für die Regel wird dem Gläubiger ein freies, durch keine Rücksicht beschränktes Ermessen garantirt.

> l. 8 D. de distract. pignorum 20, 5. Modestinus libro 4 regularum. Creditoris arbitrio permittitur ex pignoribus sibi obligatis, quibus velit, distractis, ad suum commodum pervenire.

Er kann sich also bei Bestimmung der zu verkaufenden Objecte selbst durch Motive und Interessen leiten lassen, welche dem Pfandverhältniß fremd sind. So wird er nicht zur Verantwortung gezogen wer-

9) cfr. Bopp Mittheilungen aus den Materialien der Gesetzgebung für das Großherzogthum Hessen Bd. 2 S. 215 ff.

Digitized by Google

den können, wenn er den Verkauf der Gesammtparthie deßwegen vornahm, weil er sich aus dem Erlös wegen einer andern chirographarischen Schuld Befriedigung zu verschaffen suchte, während die versicherte Schuld auch durch Verkauf eines Theils hätte gedeckt werden können [10]). Natürlich aber ist der Weiterverkauf sofort zu inhibiren, wenn die Pfänder successive verkauft wurden und der Erlös einzelner den Schuldbetrag deckte.

Dieses freie Ermessen des Gläubigers in der Wahl der zum Kauf gebrachten Objecte hat gleichwohl seine Gränze. Insoweit berechtigte eigne Interessen nicht collidiren, hat der Gläubiger, nach jeder Richtung hin, den Vortheil des Schuldners zu wahren. Kann dieser also nachweisen, daß der Gläubiger ohne eignes gerechtes Interesse die Objecte des Pfandverkaufs in einer dem Schuldner nachtheiligen Weise auswählte und bestimmte, obgleich er ebenso bequem dessen Vortheil hätte wahren können und obgleich er dies Alles wußte oder doch hätte wissen müssen, so wird unter diesen Voraussetzungen eine Verantwortlichkeit des Gläubigers nicht abzulehnen sein [11]).

4) Der Verkäufer muß suchen, insoweit nicht eigne Interessen collidiren, die Opfer, die der Verpfänder zu bringen hat, auf das möglichst geringste Maaß zu reduciren. Mit Hülfe dieser Regel erledigt sich eine wichtige und häufig aufgeworfene Controverse, die wir hier in allen ihren Beziehungen besprechen wollen.

Der Eigenthümer kann das Pfand noch nach der Verpfändung mit Servituten, Renten und ähnlichen Lasten beschweren, wie er noch immer die Sache veräußern kann. Dies ist unzweifelhaft. Auch ist klar, daß diese Rechte dann zu unanfechtbarer Geltung kommen, wenn die Pfandschuld später abgetragen wird oder die Pfandbelastung in anderer Weise erlischt. Welche Kraft aber haben sie dem ältern Hypo-

---

10) So auch Präjudiz des O. A. G. zu Dresden Ztschrift. für Rechtspflege und Verwaltung des Königreichs Sachsen Bd. 23 S. 453.

11) Glossa a ad l. 6 C. de distr. pign. „Quid si plura erant obligata et propter modicam pecuniam distraxit rem maximam cum viliorem distrahendo poterat debitum consequi? Resp. non videtur bona fide versari arg. l. 5 § 10 D. de res eor. 27, 19. l. 1 § 12 D. 39, 3. Bartolus hebt hervor ad l. 8 D. 20, 5. Quaero utrum pro modica quantitate possit creditor vendere rem magnam? Resp. sic: sed tamen dolus videtur in ea versari et tenetur debitori ad interesse. cfr. Negus. p. VI. m. 1 n. 28 limit. 5. Bachov III. c. 23 n. 1. Westphal Pfandr. § 188. Voet. ad Pand. XX. 5 § 3.

Digitized by Google

thekar und insbesondere dem Pfandkäufer gegenüber, der von diesem erwirbt? Hinsichtlich dieser Frage treten sich eine strengere und eine mildere Ansicht gegenüber. Nach der ersteren ist das dingliche Recht des Hypothekars schlechthin stärker, als das jüngere des Servitutberechtigten, demnach auch der Käufer des Pfands nicht gehalten, solche Rechte zu respectiren [12]). Die mildere Meinung dagegen nimmt an: solche Servituten blieben an und für sich noch nach einem Pfandverkauf bestehen, der Gläubiger brauche sie jedoch beim Verkauf dann nicht anzuerkennen, wenn sie den Werth der Pfandsache so bedeutend schmälerten, daß der Kaufpreis zur Deckung der Forderung unzureichend würde [13]). Uns scheint die strengere Ansicht die allein richtige. Schon allgemeine Betrachtungen führen zu derselben, das Eigenthumsrecht des Verpfänders muß schlechthin dem Pfandrecht weichen, nach dem Grundsatz nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet, es muß also dem Pfandgläubiger gegenüber auch der Servituteninhaber zurückstehen, dessen Recht nur von jenem beschränkten Eigenthümer abgeleitet ist [14]). — Das Prinzip prior tempore, potior jure hat keineswegs bloß in dem Fall der Collision mehrerer Pfandrechte mit einander Geltung, es entscheidet über die Wirkungskraft bei successiv bestellten Realservituten [15]), es regelt die Verhältnisse zwischen Usufruct und Pfandrecht [16]). Warum sollte es bei einem Zusammentreffen eines älteren Pfandrechts und einer jüngeren Servitut nicht in gleicher Weise angewendet werden? Verkauft der Eigenthümer Parcellen der Pfandsache, so können diese in Folge der ungetheilten Haftung des Pfands vom Pfandgläubiger angegriffen werden, selbst wenn das Zurückbehaltene vollständig den Betrag der Pfandschuld zu decken verspricht. Nach demselben Prinzip muß auch die Entäußerung von Servituten für den Gläubiger unverbindlich bleiben, wenn auch der Werth der Pfandsache noch immer zur Deckung der Pfandschuld hinreichen würde. Für diese Auffassung läßt sich folgende Entscheidung aus dem römischen Recht anführen:

---

12) So O. A. G. in Lübeck Seuff. Arch. Bd. VI. n. 16. vgl. Seuff. XIV. 214. Windscheid Pand. I. § 237 not. 19.

13) Scheurl krit. Ueberschau Bd. V. S. 38 modificirt bei Sintenis Civilrecht I. § 78. cfr. Pfandr. S. 543. Platner Archiv Bd. 32. S. 117.

14) cfr. l. 16 C. de pignoribus 8, 14. Gottschalk discept. for. II. c. 22. Seuffert Bd. VI. l. c.

15) l. 14 D. de serv. pr. rust. 8, 3.

16) cfr. l. 5 § 6 D. si ususfructus petatur 7, 6. l. 2 C. de usufructu 3, 33.

Digitized by Google

l. 205 D. de R. J. 50, 17 Pomponius libro 29 ad Quintum Mucium. Plerumque fit, ut etiam ea, quae a nobis... abire possunt, proinde in eo statu sint, atque si non essent ejus conditionis, ut abire possent et ideo, quod fisco obligamus et vindicare interdum et alienare et servitutem in praedio imponere possumus.

Für die Zwischenzeit (interdum) kann der Verpfänder veräußern und in gleicher Weise Servituten bestellen; hiermit leugnet Pomponius unzweideutig die Befähigung zur Begründung von Servituten, die auch dem Käufer präjudiciren.

Alles dies muß selbst dann gelten, wenn in demselben Vertrag, in welchem die Belastung auf das verhypothecirte Grundstück gelegt wurde, diesem zugleich wiederum Vortheile oder Servitutrechte bewilligt waren. Der Vortheil kommt auch dem Hypothekar zu Gute, die Beschränkungen muß er — so will es die Consequenz des Rechts — nicht anerkennen, wenn er nicht ihrer Verleihung zustimmte [17]).

Das dargestellte strenge und starre Prinzip wird nun aber doch in seinen Folgen durch den Satz gemildert, den wir an die Spitze der Erörterung stellten. Der Gläubiger soll beim Verkauf des Verpfänders Interesse — insoweit es mit dem eignen verträglich ist — wahren. Da nun der Verpfänder dem verdrängten Inhaber der Servitut in der Regel regreßpflichtig sein würde, so erscheint thunliche Aufrechthaltung jener Lasten unter Umständen als eine Pflicht des Creditors. Dies aber natürlich nur, wenn es feststeht, daß die Aufrechthaltung der Servitut in keiner Weise den Interessen des Gläubigers präjudicirt hätte, sei es, daß er trotz derselben denselben Kaufpreis erlöst hätte, den er wirklich erzielt hat, sei es, daß der mindere Kaufpreis zur Befriedigung aller seiner Ansprüche genügt hätte.

Doch werden wir fordern, daß der Verpfänder dem Gläubiger die Begründung solcher in der Zwischenzeit bewilligten Servituten anzeigte und um thunliche Aufrechthaltung ersuchte, indem andernfalls der Creditor von der Existenz der Servitut und dem Interesse des Debitors bei deren Erhaltung nicht gehörig versichert ist.

Die Versäumniß dieser Pflicht macht den Gläubiger persönlich verantwortlich. Von selbst bleibt die Servitut nicht bestehen. Hat sie der Gläubiger beim Verkauf nicht vorbehalten und so seiner Pflicht entge-

17) Seuffert Archiv Bd. VI. l. c.

Digitized by Google

gengehandelt, so kann der Servitutberechtigte dem Käufer gegenüber Anerkennung der Servitut nicht fordern. Denn dieser erhält, wenn der Creditor nicht in eine Minderung seines Pfandrechts gewilligt hat, die verpfändete Sache in dem Zustand, in dem sie im Augenblick der Verpfändung war.

Die aufgestellten Grundsätze entscheiden auch über die Frage, inwieweit der Gläubiger eine vom Verpfänder vor oder nach der Verpfändung eingegangene Verpachtung oder Vermiethung — der er nicht ausdrücklich zustimmte — zu respectiren hat. An und für sich sind solche Verträge natürlich für den Käufer unverbindlich. Doch ist der verkaufende Gläubiger verpflichtet, ihre Aufrechthaltung vorzubehalten, falls hierdurch der Hauptzweck Erlangung eines zur Deckung seiner Forderungen genügenden Kaufpreises nicht gehindert würde.

5) Ist der Gläubiger, der das Pfand veräußerte, verpflichtet, dem Pfandschuldner Rechnung abzulegen?

Es ist dies zu bejahen; freilich nicht aus dem Grund, weil der Gläubiger beim Pfandverkauf als Mandatar [18]) des Schuldners aufzufassen ist; daß er dies nicht ist, haben wir zur Genüge gezeigt. Wohl aber fordert es die bona fides, daß der Gläubiger über einen Act Auskunft gebe, der nicht nur seine Interessen, sondern auch die des Verpfänders betrifft, und den er einseitig vollzog. Der Verpfänder fundirt daher seine Klage vollständig, wenn er die Thatsache der Verpfändung und des Pfandverkaufs anführt und das Petitum dahin richtet, der Verkäufer solle Rechnung über den Verkauf stellen und den etwaigen Ueberschuß herausgeben; der Kläger muß nicht zur Substantiirung einen Preis angeben, um welchen verkauft sein soll und nicht eine bestimmte Summe ins Petitum stellen. Selbstverständlich ist, daß die Rechnung Seitens des Gläubigers mit allen in seinen Händen befindlichen Belegen gelegt werden muß, also namentlich auch unter Beifügung einer etwaigen Urkunde, die zwischen dem Käufer und Verkäufer des Pfands aufgesetzt wurde; fehlt es an solchen Belegen, so muß sich der Schuldner mit den nackten Angaben des Gläubigers begnügen.

Dasselbe Recht auf Rechnungsstellung wie der Schuldner hat ein Nachhypothekar, der die hyperocha beansprucht [19]). Zwar ließe sich

18) l. 46 § 4 D. de proc. 3, 3. l. 2 D. de neg. gest. 3, 5.

19) In dieser Gestalt wurde die Frage beim O. A. G. zu Darmstadt nach mündlicher Mittheilung ventilirt. Die erste Instanz hatte angenommen, es fehle dem Nachhypothekar gegen den ersten Hypothekar ein Klagrecht.

Digitized by Google

einwenden, zwischen dem ersten und zweiten Hypothekar existire kein Vertragsverhältniß, also auch keine Pflicht zur Rechnungsstellung. Es gelten aber gerade die Ansprüche des Verpfänders auf die hyperocha und die ihm zu diesem Zweck zustehende actio pigneratitia in personam als dem Nachhypothekar überwiesen.

§. 102. Folgen des pflichtwidrigen Verkaufs.

Wir haben den Umfang der Verpflichtungen, welche dem Gläubiger gegenüber dem Verpfänder beim Verkauf obliegen, im Einzelnen zu bestimmen gesucht; es liegt uns nun noch ob, die Folge der Vernachlässigung dieser Pflichten näher festzustellen.

Diese Folge ist keineswegs Nichtigkeit des pflichtwidrigen Verkaufs. Selbst wenn der Verkäufer dolos handelte, selbst wenn er mit dem Käufer colludirte, bleibt der Verkauf, die etwa sich anschließende Eigenthumsübertragung, bestehen. Der Pfandgläubiger verkauft auf Grund seines dinglichen Rechts; er ist verpflichtet, hierbei, wie beim ganzen Verhältniß, auch auf die Interessen des Schuldners billige Rücksicht zu nehmen; aber das Verkaufsrecht bleibt deßwegen doch unabhängig von dem gehörigen Gebrauch, jene Pflicht des Verkäufers läuft gewissermaßen nur nebenher.

Nur persönliche Ansprüche hat also der Verpfänder, der durch einen illoyalen Pfandverkauf zu Schaden kam. Zunächst hat er solche gegen den Pfandgläubiger, der ihm mit der actio pigneratitia haftbar ist.

> l. 7 C. de distractione pignoris 8, 28. Gordianus A. Caro.
>
> Si cessante solutione, creditor non reluctante lege contractus ea, quae sibi pignori nexa erant, distraxit, revocari venditionem iniquum est: cum si quid in ea re fraudulenter fecerit, non emptor a te sed creditor conveniendus sit. a. 238.

Verkauft ein Stellvertreter oder auch ein Cessionar, der sich eines Dolus oder einer Nachlässigkeit zu Schulden kommen ließ, so haftet der Pfandnehmer — falls ihn nicht Mitschuld trifft — dem Verpfänder für Sorgfalt in der Auswahl des Vertreters, sowie Cession seiner Klage gegen jenen Vertreter [1]).

1) cfr. l. 8 § 3 D. mandati 17, 1. l. 21 § 3 D. de neg. gest. 3, 5.

Digitized by Google

Aber auch gegen den Käufer erhält der Verpfänder unter Umständen eine Klage. Welcherlei Art und Charakter diese hatte, darüber sprechen sich die Quellen nicht aus. Wir wollen hierauf später eingehen und zuvörderst die Haupteigenthümlichkeiten der Klage, wie sie in den Quellen hervortreten, zu bestimmen suchen.

a) Die Klage gegen den Käufer ist eine subsidiäre. Die Quellen fordern dem Wortlaut nach sogar, daß ein Urtheil gegen den Pfandgläubiger vorliege, und daß bei der Execution von ihm die Ersatzsumme nicht erhältlich war. l. 1 C. si vendito pignore 8, 30. si de bonis creditoris condemnati solvi pecunia non potuerit: l. 3 C. eod. si probaverit eum solvendo non fuisse (zur Zeit der Execution).

Damit wird indessen nur die Regel ausgesprochen [2]). Ist aber die Beitreibung vom Pfandgläubiger aus anderen Gründen factisch unthunlich oder behindert, z. B. die Klaganstellung wegen dessen Abwesenheit erschwert, befindet er sich notorisch im Zustand der Insolvenz, so wird die Klage gegen den Käufer gleichfalls sofort zulässig sein [3]).

b) Die Klage findet zudem nur dann Statt, wenn der Käufer Theil und Mitschuld am Betrug hatte [4]). Zwar Viele der Neuern stellen dies in Abrede, aber gegen die bestimmtesten Zeugnisse der Quellen. Oder was kann deutlicher sein, als folgende Verordnung von Alexander:

> l. 1 C. si vendito pignore agatur.
> Praeses provinciae aditus, si probatum fuerit, tuum creditorem, cui jus distrahendi pignora fuit, dolo malo fundum vendidisse: quanti tua interest, restituere tibi eundem creditorem jubebit. Quodsi de bonis creditoris condemnati solvi pecunia non potuerit et probatum

2) Nicht widerspricht l. 4 C. eod. experire actione competenti non tantum adversus creditorem verum etiam adversus possessorem . . . Denn eben die Klage gegen den Besitzer wird erst zuständig, wenn der Creditor vergeblich ausgeklagt ist. — cfr. Donellus ad h. tit.

3) Arg. nov. 4 c. 2.

4) Auch gegen den bonae fidei emtor lassen die Klage zu u. A. Thibaut Pand. 7. Aufl. 651. Sintenis Pfandr. S. 516. Müller Abh. S. 111. Fritz Erl. S. 475. Bangerow § 379 a. E. Dagegen Donellus de pign. cap. 10 § 10 und ad Cod. si vendito pign. Glück Bd. 19 S. 393. Gesterding Pfandrecht S. 204. Göschen Vorles. Bd. 2 S. 370. Bachofen Pfandr. S. 607 n. 8. Windscheid Pand. § 237 Anm. 13.

Digitized by Google

fuerit, emtorem mala fide emisse: offerente te pecuniam cum usuris, quanti fundus venit, restituere tibi fundum cum fructibus malae fidei emtorem jubebit a. 222.

Alexander verlangt selbst, wenn die Insolvenz des Verkäufers feststeht, Beweis, daß der Käufer in bösem Glauben gekauft habe, spricht also gerade für den entgegengesetzten Fall das Klagrecht ab. Das Gleiche erklärt Gordian:

l. 4 C. eod .... experire actione competenti non tantum adversus creditorem verum etiam adversus possessorem si fraudem eum participasse cum creditore docere potueris ....

So wird auch in l. 5 C. eod. die Klage gegen den Käufer nur für den Fall einer Collusion zugelassen [5]). Besonders gewichtig aber ist, daß selbst Minderjährigen, deren Vermögensstücke durch einen dolosen Pfandverkauf veräußert wurden, regelmäßig nur dann Restitution gegen den Käufer erhalten, wenn derselbe am Betrug Theil nahm [6]). Was aber so hinsichtlich der Minderjährigen als Regel gilt, muß sicherlich auch für die Volljährigen Anwendung finden.

Dem Allen stellt man einzig die l. 3 C. si vendito pignore 8, 30 entgegen, in welcher Alexander rescribirt:

Si uxor tua praesidi probaverit, cum aureos triginta deberet, servos suos amplioris pretii per gratiam aureis viginti creditorem venumdedisse eumque solvendo non fuisse jubebit emptores recepto pretio restituere servos a. 223.

Es ist wahr, direct und unzweideutig wird hier nicht betont, daß der Käufer am Dolus Theil nahm. Doch wird der Verkäufer, der per gratiam [7]) das Pfand zu wohlfeil verkauft, nicht leicht so discret

5) l. 5 C. si vendito pignore agatur 8, 30. Si creditore pignus, prius quam ei satis fieret, distrahente non per collusionem emtor comparaverit, successor ejus de superfluo non emptoris heres qui rem possidet conveniendus est. — Mit Recht bemerkt Westphal Pfandr. § 220: „superfluum ist hier nicht das, was sonst hyperocha heißt, sondern was das Pfandstück mehr werth gewesen wäre als es verkauft ist, wenn der Gläubiger ehrlich zu Werke gegangen wäre."

6) l. 2 C. de praed. et aliis rebus minorum 5, 71. l. 2 C. si adversus vendit. 2, 29.

7) cfr. l. 3 C. de jure fisci 10, 1.

Digitized by Google

sein, daß er dem Käufer gegenüber von seiner Connivenz völlig schweigt. Er wird ihm mittheilen oder deutlichst zu verstehen geben, daß die Sache mehr werth sei, daß er dennoch dem Käufer zu Gefallen, auch mit weniger zufrieden sei und sich so den einzigen Lohn seiner Schlechtigkeit zu sichern suchen, indem er sich den Käufer verbindet [8]). An diesen gewöhnlichen Fall denkt der Kaiser. War der Käufer dagegen von der Treulosigkeit des Gläubigers nicht unterrichtet, dann ist — nach den andern mitgetheilten Rescripten — keine Rede von einem Anspruch ihm gegenüber.

Aus unserm Rescript können wir folgern, daß der Käufer nicht nur als Theilhaber am Dolus gilt, wenn er den Pfandgläubiger bestach, sondern auch dann, wenn er von dessen Absicht ihn zum Nachtheil des Verpfänders zu begünstigen Kenntniß hatte und sie benutzte.

Es ist Zeit, die Frage, die sich uns längst aufgedrängt hat, zu beantworten, welches ist der juristische Charakter des Anspruchs des Verpfänders gegenüber dem Käufer, welches der Name der Klage, die ihm gegen diesen zugestanden wird? [9])

Der Verkauf ist nicht nichtig, die Klage keine vindicatio, sonst müßte sie dem Verpfänder *stets* gegen den Besitzer zustehen und nicht bloß in dem Fall, daß der Creditor *insolvent* ist. Ebensowenig charakterisirt sie sich, als eine actio pigneratitia; denn diese Klage entspringt aus einem Contract und wirkt nur zwischen den Contrahenten, dem Verpfänder und dem Pfandgläubiger. Selbst das interdictum fraudatorium hat man herbeigezogen, das doch durchaus nicht paßt [10]). Am häufigsten nimmt man eine eigenthümliche restitutio in integrum an [11]). Soweit ist man umhergeschweift — uns scheint nichts Anderes vorzuliegen, als die gewöhnliche actio doli. Sie reicht vollkommen aus, denn es ist ja Theilnahme an der Fraus nothwendige Bedingung des Anspruchs gegen den Käufer; so erklärt sich auch die subsidiäre Natur der Klage, die auf den ersten Blick befremdet [12]).

---

8) So ergänzt schon die Glosse zu emtores „fraudis participes."

9) Schon die Glosse fragt ad l. 1 C. cit. sed qua actione? Sie giebt in der Antwort eine ganze Reihe zur Auswahl.

10) Bartolus ad l. 1 C. si vendito pignore ag. Salicetus ibid. Negusantius p. VI. m. 1 n. 27.

11) Donellus de pign. c. 10 § 10. Glück Pand. Bd. 14 S. 162. Arndts Pand. § 375 not. y.

12) l. 5 l. 7 D. de dolo malo 4, 3.

Digitized by Google

Wo die actio doli genügte, hätte es keinen Grund gehabt, eine eigne Reſtitution zu ſchaffen, die doch wieder im Dolus des Käufers ihr Fundament hätte. Auch die Ausdrucksweiſe der Kaiſer deutet nicht darauf hin, daß dem Verpfänder ein außerordentliches Hülfsmittel ein beneficium gegeben werde, welches wie die restitutio in integrum den gewöhnlichen Gang des Rechts unterbricht. Gordian [13]) weiſt den Kläger geradezu auf den ordentlichen Prozeß und die Erbittung einer Formel, wie dies wohl bei der actio doli, nicht aber bei der Reſtitution gebräuchlich war: „adito praeside provinciae experire actione competente, non tantum adversus creditorem, verum etiam adversus possessorem.“ Alexander geht in ſeinen Verordnungen [14]) allerdings davon aus, daß der Präſes die Anſprüche gegen den Gläubiger (alſo die actio pigneratitia) und die Forderung gegen den Pfandkäufer, in Selbſtperſon ohne Zuziehung eines Privatrichters verhandeln werde. Aber hierin liegt nur ein Zeugniß für den immermehr überhandnehmenden Gebrauch, ordentliche Rechtsanſprüche vor Allem in den Provinzen ohne Zuziehen von Geſchwornen abzuthun.

Iſt dies richtig, ſo müſſen natürlich die Eigenthümlichkeiten der actio doli vollſtändig zur Anwendung kommen. Solche ſind: Die Klage auf das volle Intereſſe verjährt innerhalb der Zeit von zwei Jahren, ſie geht nachher nur auf den Betrag, um welchen der Beklagte bereichert iſt [15]). Ebenſo ſind die Erben des Käufers nach römiſchem Recht nur für die Bereicherung haftbar [16]). Hat ein Geſchäftsführer, ſei es ein Vormund oder ein Procurator, das Kaufgeſchäft geſchloſſen und mit dem Verkäufer ohne Auftrag oder Wiſſen des Geſchäftsherrn colludirt, ſo iſt der Letztere gleichfalls zur Erſtattung der Bereicherung verpflichtet. Haben Mehrere zuſammengekauft und alle mit dem verkaufenden Pfandgläubiger colludirt, ſo haften ſie dem Verpfänder ſolidariſch für Schadenerſatz [17]). Unzuläſſig iſt jede Klage gegen die Singularſucceſſoren des Käufers, es ſei denn, daß ſie von Anfang an mit dem Pfandgläubiger und dem Käufer im Einverſtändniß waren, etwa in der Abſicht, mit letzterem den Gewinn zu theilen. Aeltere Schrift-

13) l. 4 C. si vendito pign. 8, 30.

14) l. 1 l. 3 C. eod.

15) l. 8 C. de dolo malo 2, 21.

16) l. 17 § 1. l. 26 — l. 28 D. de dolo 4, 3. cfr. l. 5 C. si vendito pign.

17) l. 15 pr. § 1 u. § 2 D. eod. l. 17 pr. D. eod.

Digitized by Google

steller, die unsere Klage als eine rescissoria in rem actio ansahen, haben nicht selten die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt.

Das Petitum der Klage geht in der Regel auf Herausgabe der Sache mit ihren Früchten, außerdem auf Ersatz des Schadens, den der dolose Verkauf dem Verpfänder verursacht hat [18]). Der Verpfänder muß von seiner Seite bei Rücknahme der Sache ersetzen, was der Gegner für ihn an Kaufpreis und Zinsen auslegte, natürlich aber nur in dem Maaße, als dieser ihm zu Gute kam.

Die gleiche Klage, die dem Verpfänder wegen des dolosen Verkaufs zusteht, müssen wir auch dem Nachhypothekar einräumen, der rücksichtlich der hyperocha durch die Illoyalität des verkaufenden Pfandgläubigers oder die Collusion des Käufers zu Schaden kam [19]). Wir müssen auch hier wiederholen, daß der Nachhypothekar überhaupt wegen der hyperocha die Rechtsmittel des Verpfänders exercirt. [20]). —

Vergleichen wir die Folgen eines fraudulosen Pfandverkaufs mit einem dolosen Verkauf, der von einem Procurator ausgeht, so ergeben sich die merkwürdigsten und schlagendsten Gegensätze.

---

18) l. 4 C. h. t. 8, 30: ut revocatis, quae mala fide gesta constiterit et fructuum ratio et damni, quod irrogatum apparuerit haberi possit. Dies steht nicht in Widerspruch mit der Natur der a. doli l. 18 pr. D. de dolo 4, 3 arbitrio judicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur.

19) Anton Faber error. pragm. err. 6 dec. 1. Westphal Pfandr. § 220.

20) Die Frage wirft sich auf, usucapirt der Käufer eines Pfands das dem Verpfänder nicht gehörte, wenn er zwar diesen irrthümlich für den Eigenthümer hielt, aber die Sache vom Pfandgläubiger fraudulöser Weise erwarb? Die Beantwortung wird vom Begriff abhängig sein, den man mit bona fides verbindet. Geht man mit der herrschenden Meinung davon aus, daß bona fides die Ueberzeugung sei, Eigenthum erworben zu haben, so tritt die Ersitzung ein, denn der Käufer hält sich für den Eigenthümer der Kaufsache, wenn er auch wußte, daß er dem Verpfänder in Folge seines Dolus persönlich verantwortlich sei. Dies gleiche Resultat müßte gewinnen, wer Stintzings (das Wesen der bona fides) Ansicht theilt; so sehr diese sonst von der herrschenden Ansicht, zu deren Revision sie den werthvollsten Beitrag lieferte, abweicht. Wir selbst aber stimmen der Auffassung bei, die jetzt Windscheid Pandekten I. § 176 vertheidigt, vgl. auch Schirmer Lindes Zeitschrift n. F. Bd. 15 S. 229 ff.; wir nehmen an, daß bei der bona fides ein mehr unmittelbar aus der Volksanschauung entlehnlehnter Begriff zu Grunde liege, daß man nur den für einen bonae fidei possessor hielt, dem beim Erwerb des Besitzes keinerlei subjectives Unrecht, keine Schuld zur Last gelegt werden könnte. Hiernach wäre Ersitzung in dem besprochenen Fall unzulässig. Dies wird bestätigt durch die l. 3 C. de praescr. longi temp. 7, 33. Eine ausführlichere Rechtfertigung aber unserer Grundanschauung würde uns hier zu weit führen.

Digitized by Google

Der Pfandgläubiger überträgt die Sache in eignem Namen und aus eignem Recht; er ist verpflichtet, das Interesse des Schuldners zu wahren, aber das ist erst ein secundärer Gesichtspunkt; vernachlässigt er diese Pflicht, so wird er nur persönlich verantwortlich. Der Procurator tradirt in fremdem Namen und in fremdem Interesse; das Interesse des Auftraggebers ist Hauptgesichtspunkt und Existenz und Gültigkeit des Verkaufs hängt davon ab, ob derselbe gewahrt wird. Das tritt frappant hervor in folgender Stelle von Julianus lib. 44 Digestorum l. 7 § 6 D. pro emtore 41, 4.

> Procurator tuus, si fundum quem centum aureis vendere poterat addixerit triginta aureis in hoc solum, ut te damno adficeret, ignorante emptore dubitari non oportet, quin longo tempore capiat: nam et quum sciens quis alienum fundum vendidit ignoranti, non interpellatur longa possessio. — Quodsi emtor cum procuratore collusit et eum praemio corrupit quo vilius mercaretur, non intelligetur bonae fidei emptor nec longo tempore capiet et si adversus petentem dominum uti coeperit exceptione rei voluntate ejus venditae replicationem doli utilem futuram esse.

Der Procurator hat ein Grundstück, das er um hundert verkaufen konnte, dem Käufer absichtlich um dreißig zugeschlagen. Der Jurist unterscheidet, ob der Käufer den Dolus des Procurators nicht kannte oder an demselben Theil nahm.

a) Für den letztern Fall ist Julians Entscheidung unzweideutig. Er betrachtet — von quodsi an — den Kauf als ungültig, er verwirft jede Art der Ersitzung. Wenn er auch zugesteht, daß sich der Käufer gegenüber dem vindicirenden Eigenthümer dem Wortlaut nach auf die exceptio rei voluntate domini venditae et traditae berufen könne, so läßt er doch diese Einrede durch eine replicatio doli aus dem Felde schlagen.

b) Wie aber, wenn der Käufer von dem Dolus des Procurators keine Kenntniß hatte? Für diesen Fall ist die Nichtigkeit des Verkaufs eher zweifelhaft. Ich will zuvörderst Alles anführen, was sich für die Gültigkeit eines solchen Verkaufs etwa sagen ließe. Man könnte sich zunächst darauf berufen, daß der Käufer auf Grundlage der Instruction des Mandanten an den Procurator, die ihm regelmäßig nicht unbekannt geblieben sein wird, gekauft hat, daß es aber die Sicherheit

Digitized by Google

des Verkehrs gefährdet, wenn der Käufer, welcher bona fide auf Grundlage der Vollmacht erwarb, nicht unbedingt das Vertrauen haben kann, daß das Geschäft in Kraft bleibe. Daß — könnte man fortfahren — dem Käufer trotzdem in unserer Stelle nur ein Ersitzungsbesitz nicht directes Eigenthum zugeschrieben wird, beweist nicht gegen die besagte Ansicht. Denn es läßt sich annehmen, daß Julian hier von einer res mancipi sprach; an einer solchen erwarb aber der Käufer durch die Tradition von Seiten des Procurators höchstens nur das in bonis, dem sich erst die Ersitzung anschloß. In der justinianeischen Compilation hingegen ist an den Fall zu denken, daß ein Nichteigenthümer durch einen Procurator verkaufen ließ und dieser dolos zu Werke ging. Eine Bestätigung dieser Auffassung kann man endlich noch darin finden, daß der Schlußsatz, wonach die replicatio doli der exceptio rei venditae et traditae entgegen tritt, sich der Satzstellung nach nur auf den Fall einer dolosen Collusion des Käufers, nicht auf den Fall seiner Unkenntniß zu beziehen scheint.

So gewichtig diese Argumentation ist, so entscheiden wir uns doch für die Ungültigkeit des Verkaufs, wenn immer der Procurator in Dolus verfirte. Denn das ist eben auch bei illimitirter Vollmacht Voraussetzung und Bedingung, daß der Procurator im Interesse des Geschäftsherrn agirte. Daher überträgt z. B. der Generalprocurator mit der allerallgemeinsten Vollmacht, kein Eigenthum, wenn er sich nicht innerhalb der Gränzen einer ordentlichen Administration hielt, sondern die Güter des Geschäftsherrn verschleuderte, mag nun der Käufer hievon Kenntniß haben oder nicht [21]).

Daß Julian den Käufer nicht als bonitarischen Eigenthümer denkt, sondern als einen, der wirklich und materiell der Usucapion bedürftig ist, geht, wie uns scheint, deutlich daraus hervor, daß er ihn auf eine Linie mit der Person stellt, die unwissend eine fremde Sache von dem Nichteigenthümer erhält. Endlich die Schlußworte, wonach der Eigenthümer dem Käufer und seiner exceptio rei venditae eine replicatio entgegenstellen kann, können sich immerhin auch auf den Vordersatz beziehen. Daß ein neuer Gedanke erst nachgetragen wird und nicht an völlig passender Stelle steht, findet sich bei den römischen Juristen gar nicht selten. —

---

21) l. 60 § 4 D. mandati 17, 1 verb. „sed si mala fide emtio interceserit, nullius erit momenti ideoque nec usucapere potest."

Digitized by Google

Das Resultat also ist: verkauft ein Procurator dolose, so ist der Verkauf nichtig, dem Eigenthümer bleibt die rei vindicatio nach wie vor; verschleudert dagegen der Pfandgläubiger die Pfandsache in Collusion mit dem Käufer, so geht gleichwohl Eigenthum auf diesen über, der Verpfänder ist auf persönliche Klagen beschränkt. So zeigt sich die Zurückführung des Pfandverkaufs auf die Procuratur als durchaus unthunlich. —

§ 103. Unfähigkeit des Sacheigenthümers, der Pfandgläubiger und Bürgen zum Pfandkauf.

Fast sämmtliche Personen, die in irgend einer Beziehung zur Pfandschuld stehen, sind unfähig zum vollgültigen Pfandkauf. Es gilt dies vom Verpfänder, falls er Sacheigenthümer ist, vom Pfandgläubiger, der das Verkaufsverfahren in die Hand genommen hat, endlich auch von den Nachhypothekarien und den Bürgen. Die Gründe aber dieser Unfähigkeit sind sehr verschiedene; bald wirkt rechtliche Nothwendigkeit, bald greifen rechtspolitische Gesichtspuncte ein. Auch die Wirkungen sind nicht dieselben, falls der Zuschlag dennoch erfolgt. Nur äußerlich reihen sich also diese verschiedenen Incompatibilitäten aneinander.

1) Die Pfandsache nicht kaufen kann der Verpfänder, wenn er Sacheigenthümer ist. Der Grund ist ein juristisch formeller. Die emtio rei suae ist nichtig. Es fehlt hier für den Käufer das Erwerbsobject [1]).

> Julianus libro 15 Digest. l. 39 D. de c. e. 18, 1. Sidebitor rem pignoratam a creditore redemerit quasi suae rei emtor actione ex vendito non tenetur et omnia in integro sunt creditori.

Die Nichtigkeit des Kaufs der eignen Sache ist in andern Fällen ein Vortheil des Käufers, sie entbindet ihn von der Pflicht einen Kaufpreis zu zahlen für etwas, was ihm bereits gehört. Kauft aber

---

1) l. 16 D. de contr. emt. 18, 1. l. 4 l. 10 C. eod. 4, 38. l. 14 § 3 D. de add. in diem 18, 2 l. 45 pr. D. de R. J. 50, 17. l. 21 D. de usurpat. 41, 3. Mommsen Beitr. Bd. I. S. 140. Dagegen konnte der suus heres, der sich abstinirt hatte, vom Pfandgläubiger die durch den Vater verpfändete Sache kaufen. Allerdings, wenn er nach classischem Recht fortwährend quiritarischer Eigenthümer dieser Sache, allein das nudum jus quiritium hinderte den Kauf der eignen Sache nicht l. 2 C. de repud. hered. 6, 31.

Digitized by Google

der Verpfänder, so ist die Ungültigkeit meist gerade dem Käufer von Nachtheil, da er das Pfand nicht mit der geringeren Kaufsumme, sondern nur durch volle Schuldtilgung lösen kann. Diese Folge führt Papinian aus libro 3 resp.

l. 40 D. de p. a. 13, 7. Debitor a creditore pignus quod dedit frustra emit, cum rei suae nulla emtio sit, nec si minoris emerit et pignus petat aut dominium vindicet ei non totum debitum offerenti creditor possessionem restituere cogetur.

Hieran knüpft sich im § 1 folgende Erörterung:

Debitoris filius, qui manet in patris potestate, frustra pignus a creditore patris peculiaribus nummis comparat et ideo si patronus debitoris contra tabulas ejus possessionem acceperit, dominii partem obtinebit; nam pecunia quam filius ex re patris in pretium dedit, pignus liberatur.

Das vorliegende responsum gehört zu den dunkelsten unseres Juristen, der so oft seinen Gedanken uns errathen läßt und die Ausführung desselben verschmäht [2]).

Der Sohn des Schuldners, der in dessen Gewalt stand, hatte mit Peculiargeld das von dem Vater gestellte Pfand gekauft, es frug sich nun, ob dieses Pfand nach dem Tode des Vaters zu dessen Erbschaft gehörte so, daß der Patron, welcher an derselben zu einer Quote ein Notherbrecht hatte [3]), einen Theil des Eigenthums beanspruchen konnte, oder ob die Sache ganz dem Sohn verbleibe. Papinian entscheidet sich für die erstere Ansicht. Was aber war der Zweifel? Wie konnte die Frage entstehen? Eine Andeutung Seitens Papinians liegt nicht vor.

Es scheint uns, daß von Seiten des Hausſohns folgendermaßen argumentirt wurde. Das vom Vater versetzte Pfand, das ich kaufte, konnte diesem nicht erworben werden, da suae rei emtio non est. Nun gilt der Satz, daß der Erwerb des Hausſohns, wenn er dem Vater nicht zufallen kann, beim Sohn bleibt; so habe ich die Pfand-

2) Vgl. Cujacius ad h. l. Westphal Pfandr. § 192.

3) Zur Zeit Papinians hatte der Patron dies Notherbrecht gemäß der lex Papia dann, wenn die Erbschaft des Liberten 100,000 Sestertien überstieg und derselbe weniger als 3 Kinder hinterließ Gaj. III. § 42. Seit Justinians Neuerungen muß noch hinzugedacht werden, daß die Kinder abstinirten oder rechtmäßig enterbt wurden, indem jetzt die Kinder den Patron wieder stets ausschlossen § 3 J. de success. libert. 3, 7.

Digitized by Google

sache für mich erworben und sie fällt nicht in die Erbschaft meines Vaters [4]). Papinian erwidert auf dies nicht unbedenkliche Raisonnement, daß das Geschäft dem Vater allerdings erworben werden könne, nur nicht als Kauf, sondern als Auslösung der Pfandsache oder auch als theilweise Abführung der Pfandschuld; daß es daher in dieser Eigenschaft zu erhalten sei, da der Erwerb des Sohnes nach den allgemeinen Principien wo immer möglich dem Vater zufallen solle [5]).

Noch ist zur näheren Begrenzung und Bestimmung unseres Princips hervorzuheben:

a) Die Nichtigkeit des Kaufs der eignen Sache hindert natürlich den Verpfänder nicht, dem Gläubiger das Pfandrecht abzukaufen oder genau gesprochen, eine Abfindungssumme für den Verzicht auf das Pfandrecht anzubieten. War die Absicht der Partheien von vorn herein auf diesen Erfolg gerichtet, so ist sie zu respectiren [6]), wenn sie sich auch in der Form vergriffen und einen Kauf der eignen Sache stipulirt haben. Ja wir werden diese Absicht regelmäßig dann anzunehmen haben, wenn der Gläubiger wußte, daß der Sacheigenthümer biete und diesem nicht unbekannt war, daß er die eigne Sache erwerbe. Dies Alles, falls nicht eine andere Intention — etwa die Simulation eines Verkaufs — nachgewiesen werden kann.

b) Nur die Qualität als Eigenthümer, nicht die als Schuldner oder Verpfänder hindert den Kauf der Pfandsache. Daher kann der Verpfänder dieselbe kaufsweise erwerben, wenn sie im Eigenthum eines Dritten steht, indem er etwa das Pfand schon vor dem Pfandverkauf weiter verkauft oder sonst veräußert hat. Auch kann der Schuldner das Pfand kaufen, welches ein Dritteigenthümer für ihn intercedirend verpfändete, ist dann aber diesem — der mit der actio mandati contraria gegen ihn auftritt — regelmäßig zur Restitution verpflichtet. Namentlich steht aber dem nichts im Wege, daß ein vom Verpfänder bevollmächtigter Käufer die Pfandsache für sich erwerbe und sie dann

---

4) Z. B. das jus militiae. cfr. l. 3 § 7 D. de minoribus 4, 4. l. 50 D. ad S. C. Trebell 36, 1. l. 52 D. de adq. her. 29, 2.

5) ex re patris ist übrigens wohl eine justinianeische Interpolation, da hierauf zu Papinians Zeit — wenn nicht an das peculium castrense gedacht war — nichts ankam.

6) cfr. l. 34 § 4 D. de c. e. 18, 1. Vgl. auch Römer Conversion Archiv f. c. Pr. Bd. 35. S. 66.

Digitized by Google

gegen Erſatz der ausgelegten Kaufſumme dem Auftraggeber reſtituire [7]).

c) Zuläſſig iſt endlich, daß einer von mehreren Miterben die vom Erblaſſer verpfändeten Erbſchaftsſtücke auf dem Wege des Pfandkaufs erwerbe. Denn man hat dem Miteigenthümer geſtattet, das Ganze und darin den eignen Theil zu kaufen [8]). Es iſt dann ein ſolcher Käufer keineswegs verpflichtet, die erſtandene Sache mit den Miterben gegen Erſtattung der ausgelegten Kaufſumme zu theilen, falls er ſein eignes Geſchäft und nicht das der Miterben zu führen gedachte [9]).

Eigenthümlich liegt der von Scävola l. 89 § 4 D. de legatis II. behandelte Fall. Ein Erblaſſer hatte ſeine vier Söhne zu Erben eingeſetzt und den Einzelnen Grundſtücke durch Fideicommiß vorvermacht; ſpäter aber ſein Geſammtvermögen verpfändet. Nach ſeinem Tode kam es zum Pfandverkauf, einer der Miterben erſtand die vom Erblaſſer herkommenden Immobilien. Hier beſtand nun natürlich der — perſönliche — vorher begründete Anſpruch der Miterben auf Leiſtung des Fideicommiſſes fort, welchem der Steigerer nur eine Retentionsrede bis zum Erſatz des auf die Befreiung verwendeten Betrags opponiren konnte.

2) Der Pfandgläubiger kann die Pfandſache nicht von ſich ſelbſt erſtehen. In einem ſolchen Verkauf ſahen die Römer keine wirkliche Veräußerung [10]).

Dies gilt ausnahmslos. Auch Vormünder und Procuratoren können Sachen des Mündels der Regel nach nicht von ſich ſelbſt erkaufen; dennoch ſind dieſer Perſonen wenigſtens dann befugt, ſich ſelbſt Mündelſachen, reſpective Sachen des Mandanten zuzuſchlagen, wenn ſie bei einer öffentlichen Verſteigerung mitbieten und bona fide verfahren [11]). Sie fuſtiniren zwei Perſonen, die des Vertretenen und die eigne; beim

7) l. 22 § 3 D. mandati 17, 1. l. 52 § 1 D. de pactis 2, 14.

8) l. 13 § 1 D. de in diem add. 18, 2. Emere enim cum tota re etiam partem nostram possumus. Nicht widerſprechend iſt l. 18 D. de c. e. 18, 1.

9) l. 17 D. comm. div. 10, 3. Qui coheredes habet, si fundum pignori datum a testatore suo comparaverit a creditore non debet a coheredibus judicio communi dividundo conveniri.

10) Bachofen Pfandr. S. 167 u. 168.

11) Vgl. l. 34 § 7 D. de c. e. 18, 1. l. 5 § 2 ſignde D. de auct. tut. 26, 8 mit l. 2 § 8 § 9 D. pro emtore 41, 4. l. 56 D. de adm. tut. 26, 7. l. 5 C. de contr. emt. 4, 38.

Digitized by Google

Pfandgläubiger, der das Pfand aus eignem Recht verkauft, iſt dies nicht der Fall.

Der Pfandgläubiger konnte verſuchen das Verbot zu umgehen, indem er eine Perſon verſchob an die er verkaufte und die ihm zurückverkaufen ſollte. Dieſe Handlung verſtieß offenbar gegen Treu und Glauben. Doch hätte ſich die Anſicht vertheidigen laſſen, dieſe Colluſion mache wie anderes Gebahren contra bonam fidem den Gläubiger zwar verantwortlich, den Verkauf aber nicht nichtig. Die Römer hingegen nahmen geradezu Nichtigkeit des Acts an. Sie vermißten die ernſte Abſicht des Gläubigers ſich der Pfandſache zu entäußern.

> Paul. sent. II. 12 § 4. Si per suppositam personam creditor pignus suum invito debitore comparaverit emptio non videtur et ideo quandoque lui potest: ex hac enim causa pignoris vel fiduciae finiri non potest.

Eine Umſchreibung dieſer Beſtimmung giebt Diocletian in der l. 10 C. de distr. pign. 8, 28, die in die Compilation aufgenommen wurde. Der Kaiſer hebt noch außerdem hervor, daß der Fall nicht gleichzuſtellen ſei, in welchem der Creditor einen ernſten und ehrlichen Verkauf abſchloß und ſpäter vom Käufer zurückkaufte. Dieſer Contract iſt gültig. — Der Schuldner, welcher eine Colluſion behauptet, hat ſie natürlich zu erweiſen; die bloße Thatſache des Rückkaufs der Pfänder und das Factum des Beſitzes derſelben durch den Gläubiger genügt hierzu nicht. Selbſt wenn der Creditor immer im Beſitz verblieben war, läßt ſich nicht, wie dies Aeltere thaten, ſchlechthin Colluſion präſumiren [12]). Es mag leicht vorkommen, daß der Gläubiger bona fide verkaufte, den Käufer aber trotz wiederholter Aufforderung nicht dazu beſtimmen kann, den Kaufpreis zu bezahlen und ſich zuletzt dahin mit ihm einigt, daß er ihm die Sache wieder für den betreffenden Preis abkaufen wolle. Noch weniger Schein hat die Behauptung, der Kauf ſei hier nichtig, weil er ſeine Perfection erſt mit der Uebergabe an den Käufer erreiche, die hier nicht vorliege [13]). Vielmehr iſt anzunehmen, es ſei durch constitutum possessorium Tradition an den Käufer und durch traditio brevi manu Rücktradition an den Gläubiger erfolgt.

---

12) Negus. p. VI. m. 1 u. 26 und die dort Citirten.

13) So Weſtphal § 193. a. Anf. Donellus ad tit. Cod. de distr. pign. 8, 28.

Digitized by Google

Da der Selbstkauf nichtig ist, bleibt das Verhältniß unverändert in der juristischen Lage, in der es sich vorher befand. Der Schuldner behält Eigenthum der Pfandsache, den Anspruch auf Restitution gegen Angebot der Schuldsumme, der Gläubiger Forderung und Pfandrecht. Des nähern ist zu bemerken:

a) Die Nichtigkeit des Selbstkaufs tritt ein, auch wenn in concreto von einer Uebervortheilung oder Benachtheiligung des Verpfänders nicht die Rede sein kann, auch wenn der Creditor die Sache zu ihrem vollen Werth annimmt und mehr zu geben bereit ist, als irgend ein fremder Käufer. Es ist selbst in solchem Fall die Zustimmung des Schuldners einzuholen, die dieser, der durch wohlfeileres Zuschlagen an Fremde bedroht ist, nicht leicht weigern wird.

b) Genehmigung des Schuldners kann dem Erwerb durch den Gläubiger Geltung verleihen. Sie liegt stillschweigend in Annahme einer hyperocha, falls dem Schuldner die Sachlage vollständig mitgetheilt ist. Doch ist wohl zu bemerken, daß in solchen Fällen nicht die Wirkungen eines Pfandverkaufs, sondern eines Kaufs vom Schuldner eintreten. Die Rechte der Nachhypothekarien bleiben also unberührt.

c) Kann der Pfandgläubiger selbst den Verkauf an seine Person angreifen, wenn der Schuldner später zu dessen Anerkennung — etwa wegen Sinken des Werths der Pfandsache — bereit ist? Wir müssen, denke ich, unterscheiden. Schlug sich der Gläubiger das Pfand direct selbst zu, so war der Act offenbar und äußerlich nichtig und diese Nichtigkeit kann auch von ihm jederzeit angerufen werden. Schob er einen Käufer vor, mit dem er colludirte, so hat er sich des Versuchs einer dolosen Umgehung des Gesetzes schuldig gemacht, auf die er sich nicht selbst stützen und die er nicht zur Geltendmachung von Rechten benutzen kann.

3) Auch der Bürge des Schuldners, deßgleichen der Nachhypothekar sind nicht im Stande, das Pfand für sich vom ersten Gläubiger zu erwerben [14]). Diesen Satz hat erst die jüngste classische Jurisprudenz herausgebildet [15]).

---

14) Vgl. Bachofen Pfandr. S. 530—539, auch Schmid Cession I. S. 235 ff.

15) Dagegen kann der Vormund des Pupillen bona fide für sich vom Pfandgläubiger kaufen. l. 5 § 5 D. de auct. et consensu tut. 26, 8. Sed et si creditor pupilli distrahat aeque emere bona fide potest.

Digitized by Google

Wir können seine allmählige Gestaltung wenigstens für den Bürgen, etwas näher verfolgen, indem die uns erhaltenen Quellenzeugnisse einen Fortschritt wahrnehmen lassen. Hierauf werden wir zunächst eingehen, ehe wir uns über den innern Grund und die Bedeutung des Satzes aussprechen. Wohl die älteste der hierher gehörenden Quellen ist ein Responsum von Papinian libro 2 responsorum aus der Regierungszeit von Sever und Caracalla [16]) l. 2 D. de distr. pign. 20, 5.

> Fidejussor conventus officio judicis adsecutus est, ut emtionis titulo praedium creditori pignori datum susciperet: nihilominus alteri creditori, qui postea sub eodem pignore contraxit, offerendae pecuniae, quam fidejussor dependit cum usuris medii temporis facultas erit: nam hujusmodi venditio transferendi pignoris causa, necessitate juris fieri solet.

Der Bürge war durch den Hauptgläubiger belangt worden und der Richter hatte, um das Rechtsverhältniß vollständig und mit einem Schlag zu erledigen, den Gläubiger genöthigt, dem Bürgen das Pfand gegen Erlegung der Schuldsumme zu verkaufen. Er hatte hierdurch — wenn auch in bester Absicht — seine Mission überschritten, insofern er dem Verpfänder Eigenthum und Auslösungsrecht zu nehmen sich vermaß. Das Recht behandelt daher die Uebertragung nicht als Veräußerung der Pfandsache und rectificirt so den Fehler seines Organs — des Richters.

Aber auch wo der Verkauf auf der freien Willensentschließung des Gläubigers beruhte und sich in den Formen des ordentlichen Pfandverkaufs bewegte, traten bald ähnliche Anschauungen ein. Vielleicht verdankt folgendes Rescript von Severus und Antoninus gleichfalls seine Entstehung Papinian.

> l. 1 C. de dolo malo 2, 21. Si fidejussor a creditore pignora emerit: oblata quantitate sortis et usurarum tibi dominium cum fructibus, quos bona fide percepit consultius restituet, ne fidei ruptae gratia de dolo possit actio exerceri. a. 203.

Das Rescript geht noch davon aus, daß der Bürge das Eigenthum der Pfänder für sich durch den Kauf vom Gläubiger erwerbe, aber gleichwohl dieses dem Verpfänder zu restituiren verpflichtet sei.

16) Sieh Fitting. Alter S. 31.

Digitized by Google

Auch betrachtet die Verordnung die gewöhnliche Mandatsklage für unzulänglich um die Restitution zu erzwingen, indem man wohl einwand, das Mandat, das dem Bürgen gegeben sei, erstrecke sich nicht auf den Rückkauf des Pfands für den Schuldner. Dagegen hielt der Rescribent die subsidiäre actio doli für anwendbar [17]).

Furchtloser zog die Consequenz des Gedankens etwa ein Decennium später [18]) Paulus libro 4 respons. l. 59 § 1 D. mandati 17, 1.

> Paulus respondit: fidejussorem, qui rem pignoris jure obligatam a creditore emit, mandati judicio conventum ab herede debitoris oblato omni debito restituere cum fructibus cogendum, neque habendum similem extraneo emtori: cum in omni contractu bonam fidem praestare debeat.

Paulus läßt im Gegensatz mit dem Rescript Antonins die actio mandati zu und mit Recht. Wenn es einmal eine Pflichtverletzung des Bürgen ist für sich zu kaufen, so kann der Grund nur gefunden werden in dem von Anfang an zwischen Bürgen und Schuldner geschlossenen Contract — dem Mandat [19]). Von dem gleichen Gedanken geht Marcian aus, er nimmt an, daß dem Bürgen und Nachhypothekar ohne weiteres offerirt werden könne, also auch, daß er kein Eigenthum am Pfand erwerbe. Mit dem Vorbringen, daß er in eignem Interesse kaufte, wird er gar nicht gehört, es wird die unangreifbare Präsumtion aufgestellt, der Bürge habe so gehandelt, wie er handeln sollte.

> Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam l. 5 § 1 D. de distr. pign. 20, 5. Si secundus creditor vel fidejussor soluta pecunia pignora susceperint, recte eis offertur, quamvis emtionis titulo ea tenuerunt.

Noch energischer spricht sich Modestinus libro 8 regularum hinsichtlich des Kaufs des Nachhypothekars aus: l. 6 D. eod.

---

17) Donellus comm. juris civ. lib. 15 cap. 41 §. 28, Cujacius observ. III. cap. 37, Noodt de form emend. dol. c. 13, Hasse Zeitschrift. für gesch. Rechtsw. Bd. 3. S. 69 nehmen freilich an, die Stelle sei eine fugitive und Antonin habe die Mandatsklage im Auge. Eine eigenthümliche Erklärung Schneider subsidiäre Klagen S. 362.

18) Nach Fitting Alter der röm. Juristen S. 50 begonnen unter Elagabal, vollendet unter Alexander. cfr. l. 87 § 3 D. de legat. II.

19) Wo die Bürgschaft ohne Auftrag des Schuldners geleistet wurde, gelten entsprechende Grundsätze für die actio negotiorum gestorum.

Digitized by Google

Cum posterior creditor a priore pignus emit, non tam adquirendi dominii quam servandi pignoris sui causa intelligitur pecuniam dedisse et ideo offerri ei a debitore potest.

Die Unfähigkeit des Bürgen das vom Schuldner versetzte Pfand zu kaufen, hat ihr wesentliches Fundament in der ethischen Auffassung des Verhältnisses der Bürgschaft durch die Römer. Der Bürge intercedirte für den Schuldner aus Motiven des Wohlwollens und der Freundschaft, als Helfer in der Noth; man hielt es daher für ungehörig, wenn er nun hinterher vor völliger Abwicklung des Verhältnisses sich als Speculant enthüllte, der auf Kosten seines Schutzbefohlnen sich durch den wohlfeilen Kauf einer Pfandsache zu bereichern suchte. Es wäre dies auch um deßwillen für den Schuldner besonders gefährlich gewesen, weil der Bürge, der das Pfand gekauft hat, die Sache — gleich als habe er für den Schuldner gehandelt — demselben stets zurückstellen und den Kaufpreis als Auslage fordern kann. Man wollte ihm nun die Möglichkeit entziehen, je nach den Umständen, wenn die gekaufte Sache im Preis fällt, das Ausgelegte zu fordern, wenn ihr Werth steigt, sie selbst zu lucriren. Dieselbe Gefahr wäre eingetreten, wenn der Nachhypothekar die Sache für sich hätte erstehen können. Dieser hat sich außerdem durch den Pfandcontract verpflichtet, die in seinem Besitz befindliche Pfandsache für den Fall der Tilgung der Pfandschuld zu restituiren. Diese Pflicht, schloß man, kann er nicht selbst — ohne des Schuldners Willen — aufheben.

Das Verbot für sich zu erwerben, hindert indessen den Nachhypothekar und den Bürgen nicht, mit fremden Käufern in Concurrenz zu treten, auf die Pfandsache mitzubieten. Kommt es zum Kaufcontract zwischen dem Verkäufer und dem Bürgen, so ist derselbe nicht nichtig, vielmehr entstehen wechselseitige persönliche Verbindlichkeiten, Seitens des Verkäufers, auf Zahlung des bedungenen Preises, Seitens des Bürgen, auf Einhändigung der Pfandsache und Abtretung des Pfandrechts. Nur die Stellung des Bürgen und Nachhypothekars zur Sache ist nicht die eines gewöhnlichen Käufers. Der Bürge gilt als Cessionar der Pfandrechte des Verkäufers, der Nachhypothekar hingegen wird angesehen, als habe er dem verkaufenden Primus offerirt und succedirt, sein Pfandrecht erstreckt sich jetzt auch auf die Abfindungssumme. Bürge und Nachhypothekar stehen, da sie dem Schuldner zur Herausgabe ver-

Digitized by Google

pflichtet ſind, für jede Culpa ein [20]); daher auch für culpos verſäumte Früchte.

Eine weitere und ziemlich extreme Conſequenz der dargelegten Prinzipien zieht Paulus lib. 4 responsorum l. 59 D. de fidejuss. 46, 1 in folgender Stelle:

> Paulus respondit: fidejussorem, in quem pignora a confidejussoribus data translata sunt, non emptoris loco substitutum videri, sed ejus qui pignora accepit et ideo rationem fructuum et usurarum haberi oportere.

Der Bürge ſoll nicht einmal die Pfänder, die ſeine Mitbürgen ſtellten, definitiv vom Pfandgläubiger erwerben können, er muß ſtets der Auslöſung durch den Hauptſchuldner gewärtig ſein. Er ſoll nicht in Folge ſeiner Interceſſion direct oder indirect Vortheil haben, ſondern ſich mit völliger Schadloshaltung begnügen müſſen.

Zweites Kapitel.

Rechtswirkungen des Pfandverkaufs.

§ 104. Ueberſicht.

Im Gefolge des Pfandverkaufs entſtehen zwei Gruppen von Rechtswirkungen. Auf der einen Seite werden durch den Pfandverkauf neue Rechtsverhältniſſe geſchürzt; auf der andern Seite die bisher beſtehenden Rechtsverhältniſſe dem Zweck des Pfandrechts gemäß verändert oder gelöſt. Dieſe beiden Claſſen von Wirkungen wollen wir im Folgenden ins Einzelne hinein feſtſtellen und erörtern, vorher aber die Reſultate, die wir hier gewinnen, in ihren allgemeinen Grundzügen angeben.

1) Der Pfandverkauf ruft neue Rechtsverhältniſſe hervor. Zunächſt erzeugt er Verbindlichkeiten zwiſchen den Contrahenten, dem Pfandgläubiger einerſeits und dem Pfandkäufer andererſeits. Der Käufer verſpricht dem Gläubiger Zahlung des Kaufpreiſes, der Gläubiger nicht etwa bloß Abtretung ſeines Rechts, wie Manche annehmen, ſondern

---

20) l. 2 D. de pignoribus 20, 1. Papinianus lib. 3 respons. Fidejussor, qui pignora vel hypothecas suscepit, atque ita pecunias solvit, si mandati agat vel cum eo agatur, exemplo creditoris etiam culpam aestimari oportet: caeterum judicio, quod de pignore dato proponitur, conveniri non potest.

Digitized by Google

Uebertragung der Sache, gleich einem gewöhnlichen Verkäufer. Hieran kann uns auch nicht irremachen, daß der Verkäufer des Pfands für Eviction regelmäßig nicht haftet, denn dies erklärt sich daraus, daß er eine fremde Sache im Wege der Execution verkauft. Durch die Tradition Seitens des Pfandgläubigers wird daher der Käufer Eigenthümer der Pfandsache, vorausgesetzt, daß der Verpfänder Eigenthum hatte. Sonst erwirbt er höchstens Usucapionsrecht.

Zum Verpfänder, mit dem er nicht contrahirt hat, kommt der Käufer zunächst in keine obligatorische Beziehung. Der Verpfänder hat kein Recht, den vom Gläubiger stipulirten Kaufpreis vom Käufer zu fordern, der Käufer kann den Verpfänder nicht wegen der Verbindlichkeiten, die der Pfandgläubiger übernahm, haftbar machen. Doch hat der Käufer, welcher den Kaufpreis zahlte wenn er evincirt wurde, eine Klage gegen den Verpfänder auf den Betrag, um welchen dieser hierdurch bereichert ist.

2) Auf der andern Seite hat der Pfandverkauf die Bestimmung, die alten Rechtsverhältnisse aufzulösen und zu beseitigen. Die Forderung des Verkäufers wird aus dem Pfandkaufpreis bis zur entsprechenden Summe getilgt, falls er denselben einnahm, und erlischt auch dann, wenn er über denselben zu seinen Zwecken disponirte oder selbst Schuld trug, daß er nicht einging. Der etwaige Ueberschuß ist dem Verpfänder, respective den Nachhypothekarien herauszugeben; bleibt nach Aufrechnung des Kaufpreises ein Forderungsrecht, so ist es dem Gläubiger unverwehrt, denselben auf dem Wege der persönlichen Klage beizutreiben.

Das Pfandrecht des Verkäufers erlischt ipso jure, sowie er dem Käufer das Eigenthum der Pfandsache verschafft hat, selbst wenn der Pfanderlös die versicherte Forderung nicht vollständig decken sollte. Irrig ist die Meinung, daß sich sein Recht erhalte und nur per exceptionem gehemmt sei. Das Pfand hat seine Function erfüllt, statt seiner erhält der Gläubiger den Anspruch auf den Kauferlös. Mit dem Moment, in welchem der Käufer Eigenthümer wird, geht umgekehrt der Verpfänder seines Eigenthums verlustig. Das Recht der Auslösung aber gegen Angebot der Schuldsumme wird ihm, es ist dies ein sehr wichtiger Satz, schon früher entzogen, es kann vom Augenblick an nicht mehr geübt werden, in welchem der Gläubiger den Verkauf des Pfands abschloß. Auch die Nachhypothekarien sind consequenterweise von diesem Moment an nicht mehr berechtigt, ihrem Vorgänger oder

Digitized by Google

dem Käufer und deſſen Succeſſoren die Schuldſumme anzubieten. So erliſcht ihr Recht zwar nicht geradezu, doch iſt für die Regel ihm jede Möglichkeit practiſcher Realiſirung von jetzt an abgeſchnitten.

A. Neu entſtehende Rechtsverhältniſſe.

§ 105. 1) Verpflichtungen des Gläubigers gegenüber dem Käufer zur Tradition.

Wenn der Pfandgläubiger verkauft, ſo verſpricht er nicht etwa ſeine Rechte zu übertragen [1]). Dieſe an einen beſtimmten Zweck gebundenen, beſchränkten, mit jedem Moment auflösbaren Rechte können dem Käufer nicht genügen. Wäre der Gläubiger nur zu deren Tradition befugt, dann würde ein Schuldverhältniß immer noch in der Schwebe bleiben, das doch endlich einmal aufgelöſt und beſeitigt werden ſoll.

Der Pfandgläubiger verkauft — es iſt ſchwer zu begreifen, wie man dies je hat verkennen können — die Pfandſache. Wie beim gewöhnlichen Verkauf, ſo übernimmt der Verkäufer auch beim Pfandverkauf primär die Verpflichtung, dem Käufer die verkaufte Sache gegen ein Geldäquivalent zu freier Verfügung dauernd zu verſchaffen. Wenn der Pfandverkäufer die Erreichung dieſer Abſicht nicht in der Weiſe garantirt, wie dies gewöhnlich beim Verkauf geſchieht, ſo macht dies einen principiellen Unterſchied nicht. — Allerdings mag es befremden, daß Paulus in einer Stelle, die übrigens ſehr abgeriſſen auf uns gekommen iſt, ſich folgendermaßen vernehmen läßt:

l. 13 D. de distractione pignorum 20, 5. lib. 1 decret.

Creditor, qui jure suo pignus distrahit, jus suum cedere debet et si pignus possidet, tradere utique debet possessionem [2]).

---

1) So u. A. Bachofen l. c. S. 561. „Ganz anders der verkaufende Pfandgläubiger. Dieſer hat dem Käufer nichts weiter, als das ihm ſelbſt an der verkauften Sache zuſtehende Recht abgetreten. Er befreit ſich alſo durch die Ceſſion der hypothekariſchen Klage und wird nur dann, wenn er zufällig ſelbſt beſitzt, auch zur Uebertragung des Beſitzes angehalten.“ Schmid Ceſſion I. S. 223 nimmt gar an, der Pfandgläubiger verkaufe dem Käufer ſeine Pfandrechte und zugleich auch die Pfandſache, dabei handle er theils als Vertreter ſeiner ſelbſt, theils als Vertreter des Verpfänders.

2) Eigenthümlich Weſtphal l. c. § 219, welcher die Stelle mit l. 7. pr. D. de distr.

Digitized by Google

Manchen schien diese Entscheidung so unbegreiflich, so im Widerstreit mit der Natur des Pfandverkaufs, daß sie behaupteten, es sei im concreten Fall gar keine Rede gewesen von einem eigentlichen Pfandverkauf. Der Jurist behandle den Fall einer Cession pfandrechtlicher Ansprüche [3]). Und hierbei beschränkt sich die Pflicht des Verkäufers natürlich nur auf deren Abtretung. Doch so läßt sich die Stelle nicht biegen. Der Jurist spricht eben deutlichst von einem Verkauf des Pfands, den der Creditor jure suo vornimmt, von einer Veräußerung der Sache nach Pfandrecht, nicht von einer Abtretung der Pfandrechte [4]).

Um die Stelle zu verstehen und die Verpflichtungen des Pfandverkäufers genauer zu bestimmen, müssen wir etwas ausholen und zunächst auf den gewöhnlichen Sachverkauf eingehen. Meist wird gelehrt, daß die erste Verpflichtung des Verkäufers darin bestehe, daß er die verkaufte Sache mit ihren Pertinenzen dem Käufer überliefere [5]), und diesen somit in Besitz und Genuß setze. Mit Recht. Aber doch trägt die Pflicht des Verkäufers nur in der Regel diesen Charakter. — Es kommt vor, daß dem verkaufenden Sacheigenthümer selbst der Besitz der Kaufsache fehlt und daß dies dem Käufer von vornherein wohl bekannt war. Sollte hier der Verkäufer verpflichtet sein, wegen der verkauften Sache einen Rechtsstreit zu beginnen, sie dem Besitzer abzunehmen und dann dem Käufer zu tradiren! Er genügt seiner Pflicht, wie uns scheint, wenn er dem Käufer die Rechtsmittel cedirt, wodurch dieser sich selbst in den Besitz der Kaufsache zu setzen vermag. Der Käufer kann sich nicht beschweren, wenn er in die Lage gesetzt wird, die, wie er wußte, sein Autor innehatte [6]). Daher die nicht seltnen Beispiele der Quellen, in denen der Käufer als Kläger auftritt, um sich die Kaufsache zu verschaffen. Es ist hierbei gerade an den Verkauf von Seiten des Nichtbesitzers zu denken.

---

pign. 20, 1 setzt und meint die Cession, die hier erwähnt wird, geschehe nicht an den Käufer, sondern an den Verpfänder; es sei an ein vorbehaltenes Wiederauslosungsrecht des Gläubigers zu denken. — Dag. Platner l. c. S. 107.

3) So schon Basiliken lib. 25 tit. 7 c. 13 *ὁ δανειστὴς πωλῶν τὸ ἴδιον δίκαιον* . . . cfr. Trotsche Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers S. 13.

4) Platner Archiv Bd. 32 S. 107.

5) Puchta Pand. § 361. Arndts Pand. § 302. cfr. l. 11 § 2 D. de c. e. 19, 1.

6) cfr. l. 1 C. de evict. 8, 45. emtor hereditatis rem a possessoribus sumtu ac periculo suo persequi debet.

Digitized by Google

Wenden wir das nun auf den Pfandverkauf an, ſo ergiebt ſich auch hier die Unterſcheidung:

a) Der Gläubiger iſt beim Verkauf noch nicht im Beſitz. Dann genügt es, wenn er die Rechtsmittel, die ihm zu Gebote ſtehen, cedirt: alſo die actio hypothecaria, ſowie die actio pigneratitia contraria [7]). Sache des Käufers iſt es, dieſe Klagen auf eigne Koſten durchzuführen. Eine Oblation der Schuldſumme kann jetzt ſeinen Anſpruch auf Reſtitution nicht mehr beſeitigen. Erhält er aber dann, ſei es durch Vermittlung dieſer Klagen, ſei es auf andere Weiſe, den Beſitz des Pfandobjects, ſo wird er Eigenthümer deſſelben. Er hat die Sache gekauft und iſt in ſie vom Gläubiger, der ihm zu dieſem Behufe die Klagen cedirte, eingewieſen [8]).

b) Beſaß hingegen der Gläubiger das Pfandobject im Augenblick des Verkaufs, ſo iſt er wie jeder andere Verkäufer gehalten, realiter zu tradiren; es ſei denn, daß er den Beſitz noch nachträglich, ohne daß ihm eine Culpa zur Laſt fällt und ehe er in Verzug geſetzt iſt, verliert [9]).

Dies Reſultat entſpricht völlig der Erörterung von Paulus, aber natürlich iſt noch ergänzend hinzuzufügen. Auch dann haftet der Gläubiger für reale Tradition, wenn er dem Käufer von ſeinem Nichtbeſitz keine Mittheilung machte und dieſer auch nicht anderweitig Kenntniß vom Sachverhalt erhalten hatte. Der Käufer konnte hier erwarten, unmittelbar in den Beſitz geſetzt zu werden, er muß ſich alſo nicht mit dem ungewiſſen Surrogat der Ceſſion der Actionen begnügen.

So viel über die Weiſe der Tradition. Was deren Umfang betrifft, ſo ſind die gewöhnlichen Regeln des Verkaufs gleichfalls die Grundlage. Der Käufer hat nicht nur auf die Hauptſache Anſpruch, ſondern auch auf alle Acceſſionen, die untrennbar und von Rechtswegen mit der Hauptſache verbunden ſind. Was Pertinenzen anderer Art betrifft, ſo kann er natürlich nur anſprechen, was dem Gläubiger mitverpfändet war [10]) und was dieſer dann auch vom Verkauf nicht aus-

---

7) cfr. Windſcheid Pand. S. I. 625 Anm. 20.

8) l. 47 D. de R. V. 6, 1. si (res) absens (sit), tunc quum possessionem ejus nactus sit (dominium ad possessorem pertinet). l 6 D. de donat. 39, 5. Ihering in ſ. Jahrbüchern Bd. 1 S. 119.

9) cfr. l. 21 D. de her. vend. 18, 4. l. 35 § 4 D. de c. e. 18, 1.

10) Vgl. Bd. I. S. 435.

Digitized by Google

nahm. Was der Gläubiger hiervon in Händen hat, muß er tradiren, ist das eine oder andere, z. B. Urkunden, noch im Besitz des Verpfänders, so hat er die a. pigneratitia contraria auf deren Herausgabe zu cediren. Ebenso verhält es sich mit dem Vortheil, den die Pfandsache noch nach Abschluß des Kaufvertrags abwirft; insbesondere den Früchten. Nicht nur was der Pfandgläubiger selbst noch zog, ist dem Käufer herauszugeben; auch die Ansprüche, die der Gläubiger gegenüber dem Verpfänder und Besitzer auf Herausgabe von Früchten hat, die von diesen nach dem Verkauf gewonnen wurden, sind dem Pfandkäufer abzutreten. Da den Käufer nach Abschluß des Kaufvertrags die Gefahr der Sache trifft, so ist ihm auch der Vortheil in möglichst weitem Umfang zuzuwenden [11]).

Außerdem hat der Pfandgläubiger wie der gewöhnliche Verkäufer nach Abschluß des Vertrags für Sorgfalt, für Custodia einzustehen [12]). Und auch hier wirkt das Pfandverhältniß in der Art ein, daß dem Pfandkäufer die actio pigneratitia contraria zu cediren ist, falls der Verpfänder im Besitz war und diesem nach Abschluß des Kaufvertrags eine Culpa zur Last fiel.

§ 106. Fortsetzung. b) Haftung des Gläubigers für Eviction [1]).

In der Regel verspricht der Verkäufer ein Doppeltes. Einmal seine persönliche Thätigkeit zur Erreichung des Zwecks des Contracts — der Uebertragung der Sache — dann aber leistet er auch Garantie dafür, daß kein Dritter dem Käufer auf Grund eines bessern Rechts die Kaufsache entziehen werde und zwar ist er verpflichtet, ohne Rücksicht darauf, ob er das fremde Recht kennt oder nicht. Der Pfandgläubiger hingegen ist für Eviction in der Regel nicht verantwortlich, wenn er nur bona fide verkaufte [2]). Was ist der Grund dieser Abweichung? Wie weit erstreckt sich diese Befreiung? Welches sind ihre

---

11) a. Auffassung Bachofen Pfandr. S. 586.

12) l. 3 D. de periculo et commodo 18, 6.

1) Donellus ad tit. Cod. cred. evictionem pignoris 8, 46. Grams praes. Hildebrand de evict. pignoris tam const. quam vend. Altdorf 1704

2) l. 10 D. de distr. pign. 20, 5. l. 11 § 16 D. de act. emti 19, 1. Tit. Cod. creditorem evictionem pignoris non debere 8, 46.

Digitized by Google

Ausnahmen und Modificationen? Dieſe Fragen haben wir näher zu beantworten.

1) Die ältern Schriftſteller erklären den Rechtsſatz, daß der Käufer nicht vom verkaufenden Gläubiger die Leiſtung der Gewähr fordern könne — während er allerdings gegen den Verpfänder in ſolchem Fall gewiſſe Anſprüche hat — durchgängig aus dem Satz, daß der Gläubiger beim Verkauf als Bevollmächtigter des letztern zu betrachten ſei [3]). —

So verbreitet dieſe Erklärung noch immer iſt, ſo wenig entſpricht ſie den Principien des römiſchen Rechts. Denn nach dieſen müßte gerade der Procurator, welcher verkaufte, perſönlich und in erſter Linie für Eviction haften, wie dies aus der berühmten l. 49 D. mandati 17, 2 allgemein bekannt iſt, „et puto Titium, quamvis quasi procurator vendidisset obstrictum emtori (de evictione).“ Dieſe Verpflichtung erloſch ſelbſt dann nicht, wenn der Procurator ſpäter die Geſchäftsführung abgab [4]). Zudem müßte nach dieſer Auffaſſung der Verpfänder — in Folge der actio quasi institoria — als der Vertreter, dem Käufer regelmäßig für das volle Intereſſe im Fall der Eviction einſtehen. Daß der Verpfänder aber dieſe Pflicht keineswegs hatte, ſondern nur auf die Bereicherung haftet, werden wir bald näher nachweiſen [5]).

Um den richtigen Standpunkt zu gewinnen, iſt von einer Betrachtung der Pflichten des Verkäufers im Allgemeinen auszugehen. Es iſt ſelbſtverſtändlich, daß der Verkäufer dem Käufer für Eviction dann haftet, wenn er deren Grund im Moment des Verkaufs kannte, wenn er alſo nicht bona fide verfuhr. Hat er dagegen eine der Eviction unterworfene Sache verkauft, ohne daß er ſelbſt von dem beſſern Recht des Evincenten unterrichtet war, dann könnte die Haftung, von einem beſondern Verſprechen abgeſehen, zweifelhaft ſein, da ja der Verkäufer

3) Geſterding Pfandrecht S. 197. Sintenis Pfandr. S. 524. Göſchen Vorleſ. Bd. II. S. 371. Puchta Vorleſ. § 205.

4) l. 67 D. de procur. 3, 3 Procurator qui pro evictione praediorum quae vendidit, fidem suam adstrinxit, etsi negotia agere desierit, obligationis tamen onere praetoris auxilio non levabitur: nam procurator qui pro domino vinculum obligationis suscepit onus ejus frustra recusat.

5) Daß die Erklärung von Bachofen Pfandr. S. 563, der auch Bangerow § 380 beiſtimmt, „der Pfandgläubiger ſei um deßwillen nicht zur Eviction verpflichtet, weil er nur ſein Recht zu cediren habe“, uns unrichtig ſcheint, ergiebt ſich ſchon aus dem, was wir gegen jenes Princip oben S. 171 bemerkten.

Digitized by Google

an und für ſich beim Kaufcontract nur für ſeine Verſchuldung einſteht [6]).

Gleichwohl entſchied ſich die Jurisprudenz bei der actio emti, auch wenn ein bezügliches beſonderes Verſprechen fehlte, für die abſolute Haftung des Verkäufers für Eviction; dies einmal aus rechtspolitiſchen Gründen; es wurde hiermit der weitläufige oft gehäſſige Beweis darüber abgeſchnitten, ob der Verkäufer beim Vertragsſchluß bona fide verfahren war. Außerdem ſchien es nicht unbillig zu verlangen, daß der Verkäufer vor dem Verkauf Umſchau halte und ſich eine ſichere und wohlbegründete Ueberzeugung verſchaffe, ob ihm die ausgebotene Sache wirklich gehöre.

Dies aber nur dann, wenn er aus freien Stücken verkaufte. Wer hingegen in Folge juriſtiſcher Nothwendigkeit veräußerte, bei dem hielt man einen Irrthum über die Rechtsſtellung der Sache entſchuldigt. Gewinnung einer Gewißheit hierüber ſchien oft nicht möglich, während doch Vornahme der Veräußerung unausweichlich war. Es ſpricht dies Ulpian — libro 2 disputationum l. 49 D. fam. ercisc. 10, 2 — bei Gelegenheit eines intereſſanten Rechtsfalls aus. Jemand war im Teſtament zum Miterben eingeſetzt; ehe er angetreten hatte, wurde er vom Prätor genöthigt, für die Beſtattung des Erblaſſers Sorge zu tragen. Um Geld zu dieſem Zweck flüſſig zu machen, verkaufte er einen Erbſchaftsſclaven [7]) und leiſtete dem Käufer eine stipulatio duplae. Unglücklicherweiſe war aber gerade dieſem Sklaven, wie der Verkäufer offenbar nicht gewußt hatte, letztwillig vom Erblaſſer die Freiheit hinterlaſſen worden. Ulpian erörtert die Frage, ob der Verkäufer hätte angehalten werden können, eine stipulatio duplae zu leiſten, mit andern Worten, ob er evictionspflichtig war, er verneint dies.

> Et mihi videtur, non debuisse: hi enim demum ad duplae cautionem compelluntur, qui sponte

6) Die ältere Zeit mit ihren landkundigen Verhältniſſen hatte freilich nicht unterſchieden, zur Zeit der zwölf Tafeln betrachtete man den Verkäufer, der eine der Eviction unterworfene Sache mancipirt hatte, ohne weiteres als Lügner und Dieb vgl. beſonders Müller Lehre von der Eviction I. § 3. Als man aber die actio emti aufſtellte, mochte man zweifeln, ob aus ihr nicht bloß der Verkäufer hafte, welcher die Exiſtenz des Evictionsgrundes gekannt hatte. Hiefür ſprach die Formel der Kaufklage „quidquid ex bona fide dare facere oportet", ferner die Analogie der Haftung für verborgene Mängel, bei der gleichfalls die ſubjective Verſchuldung urſprünglich allein entſchied. Cic. de officiis III. c. 16.

7) l. 12 § 6 D. de religiosis 11, 7.

Digitized by Google

sua distrahunt: caeterum si officio distrahentis fungitur, non debet adstringi: non magis, quam si quis ad exsequendam sententiam a praetore datus distrahat: nam et hic in ea conditione est, ne cogatur implere, quod coguntur hi, qui suo arbitrio distrahunt: nam inter officium suscipientis et voluntatem distrahentis multum interest: Quapropter re quidem integra stipulationem duplae interponere non debuit; sed decernere praetor debet, esse actori adversus heredem existentem actionem ex emto si res distracta fuisset evicta....

Wäre eine stipulatio duplae nicht überflüssigerweise geleistet worden, so hätte der evincirte Käufer zwar eine Klage erhalten, aber nicht gegen den Verkäufer als solchen, sondern gegen den Erben, wer es auch sei. Das Fundament derselben wäre nicht sowohl der Contract als die Thatsache, daß dem Erben, dem die Begräbnißkosten obliegen, der Kaufpreis zu Gute kam [8]).

Wenden wir dies auf den Pfandgläubiger an, so ergiebt sich das Resultat, daß er dann, wenn er bona fide verkaufte und sich nicht freiwillig zur Uebernahme der Gefahr der Eviction entschließt, von der Haftung für dieselbe frei sein mußte. Auch er verkauft nothgedrungen [9]), um endlich Befriedigung seiner Forderung zu erlangen, um ein Geschäft zu Ende zu bringen, das sich in anderer Weise nicht erledigt.

2) Die Verpflichtung des gewöhnlichen Verkäufers einer Sache ist in zwei Hauptverbindlichkeiten zu zerlegen, einmal in die Verpflichtung zur Tradition, dann in die Pflicht zum Einstehen für Eviction, die mit dem Erwerb des Besitzes durch den Käufer eintritt [10]).

Von der zweiten Pflicht ist der Verkäufer des Pfands, wie wir sehen, befreit. Besteht aber die erste bei ihm in derselben Weise und dem gleichen Umfang wie beim gewöhnlichen Verkäufer? Wir müssen auch sie consequent beschränken. Würde nach Abschluß des Pfandverkaufs noch dem Verkäufer des Pfands selbst die Sache evincirt und könnte er um deßwillen dem Käufer nicht tradiren, so wäre er von Haftbarkeit

8) Im concreten Fall hatte der Erbe beim Verkauf freiwillig eine stipulatio duplae promittirt. Diese muß freilich verfallen, doch erhielt der Verkäufer eine utilis actio (negotiorum gestorum) gegen den Miterben.

9) l. 9 D. de distr. pignorum 20, 5. Paulus . . . ex necessitate facta venditio.

10) Müller Eviction S. 108. l. 61 l. 62 D. de evict. 21, 2.

Digitized by Google

frei. Ebendies iſt zu behaupten, wenn der Pfandgläubiger als Nichtbeſitzer verkaufte, dem Käufer die actiones cedirte und dieſer bei dem Verſuch, ſie durchzuführen, unterlag [11]). Der Grund, weßwegen der Pfandgläubiger von dem Einſtehen für Eviction befreit iſt, liegt darin, weil er nur perſönlich für ſeine bona fides zu haften hat, nicht abſolut dem Käufer das Verſchaffen gewährt. Dieſer Grund führt dazu, auch unter den angeführten Verhältniſſen die Verantwortlichkeit des Gläubigers zu leugnen.

Wir laſſen es hier dahingeſtellt, ob die Römer nicht geradezu im Fall, in welchem der Verkäufer als Nichtbeſitzer verkaufte und in welchem der Käufer mit den Rechtsmitteln unterlag, die ihm zur Erlangung des Beſitzes cedirt waren, von einer Eviction des Käufers ſprachen und die bezüglichen Rechtsſätze anwendeten. Uns ſcheint dies die römiſche Auffaſſung geweſen zu ſein [12]). Wie aber dem ſei, der Verkäufer des Pfands haftet nach dem ausgeführten Princip nicht für den Sieg mit der cedirten actio hypothecaria.

3) Auch der verkaufende Pfandgläubiger iſt dem Käufer für Eviction tenent, wenn er nicht bona fide verfuhr. Aber auch dafür ſteht er ein, daß ihm das beſte Pfandrecht bewilligt ſei. Ferner haftet er, wenn er das Verſprechen der Eviction freiwillig ablegte und wird, wie der gewöhnliche Verkäufer, verantwortlich, wenn er ſeine Qualität als Pfandgläubiger verſchwieg. Zudem kann er in keinem Fall die von ihm verkaufte Sache ſelbſt wieder vindiciren.

a) Der Pfandgläubiger ſteht dem Käufer jedenfalls dann ein, wenn er nicht bona fide verfuhr, insbeſondere wenn er wußte, daß die Sache dem Verpfänder nicht gehörte, daß die Verpfändung ungültig war. Dies ergiebt ſich mit Nothwendigkeit aus der Natur des Kaufvertrags.

> Ulpianus libro 32 ad edictum l. 11 § 16 D. de act. emti 19, 1.
>
> Sententiam Juliani verissimam esse arbitror in pignoribus quoque: [13]) nam si jure creditoris vendiderit deinde

11) Ebenſo Bachofen Pfandr. S. 564.

12) Aus dieſem Geſichtspunkt ſcheint uns l. 61 § 1 u. § 2 D. de evict. 21, 2 zu erklären, ebenſo l. 66 D. eod.

13) In l. 11 § 15 hatte nämlich Julian entſchieden, qui alienum sciens vendidit, dolo non caret et ideo empti judicio tenebitur.

Digitized by Google

haec fuerint evicta, non tenetur, nec ad pretium restituendum ex empto actione creditor: hoc enim multis constitutionibus effectum est: dolum plane venditor praestabit: denique etiam repromittet de dolo. Sed etsi non repromiserit sciens tamen sibi non obligatam vel non esse ejus, qui sibi obligavit vendiderit, tenebitur ex empto, quia dolum eum praestare debere ostendimus [14]).

Selbſt dann tritt dieſe Verpflichtung ein, wenn der Pfandgläubiger ausdrücklich mit dem Käufer übereinkommt, daß er für Eviction nicht aufkommen wolle, aber wußte, daß die Sache dem Verpfänder nicht gehörte, während der Käufer die Sachlage nicht kannte. Für Dolus muß jeder Verkäufer aufkommen, ſelbſt wenn er die Haftungspflicht für ihn ablehnte [15]).

b) Die Jurisprudenz iſt hierbei nicht ſtehen geblieben, ſondern hat dem Pfandgläubiger wenigſtens nach einer Richtung hin die Garantie für das objective Beſtehen der Befähigung zum Verkauf aufgelegt, ohne Rückſicht auf perſönliches Wiſſen und Nichtwiſſen. Der Pfandverkäufer muß dafür aufkommen, daß ihm das Pfandobject verpfändet war, und daß er unter den Gläubigern des Verpfänders das erſte und beſte Recht zum Verkauf hatte. Dies ſpricht aus Alexander:

l. 1 C. creditorem evict. pignoris non debere 8, 46.
Quum jure creditoris propter fisci debita praedium obligatum procurator meus vendidit, evictio non debetur ... Si tamen fiscus in jus alterius creditoris successit, emtori, non justa fisci nomine movetur controversia, sive quia potior fuerat, quando vendebat, sive quia infirmior, quoniam hoc utique praestare debet, qui pignoris jure vendat, potiorem se ceteris esse creditoribus a. 223.

---

14) cfr. l. 2 C. creditorem evict. non debere 8, 46. Imp. Gordianus A. Sabinae. Si a creditrice jure pignoris fundos obligatos pater tuus comparaverit: evictis praediis ita demum petitionem adversus creditricem habere jure potes: si, vel cum vendiderit, de evictione rei promisit: vel etiam dolo malo, cum sciret prudensque esset, rem sine vitio non esse, eam patri tuo, cui successisti, venumdedit. Nam sicuti genus hujusmodi contractus inscium creditorem vinculo evictionis non adstringit, ita eum, qui fraudem admisit vel decepit, non excusat.

15) l. 11 § 15 D. cit. l. 6 § 9. l. 45 § 1 D. eod. 19, 1.

Digitized by Google

Julian und Ulpian haben von dieser Haftung des Verkäufers dafür, daß er erster Pfandgläubiger ist, nicht gesprochen und haben sie wohl noch nicht gekannt. Sie scheint danach erst unter Alexander zur Anerkennung gekommen zu sein. Da sich der Pfandverkäufer beim Verkauf als ersten Pfandgläubiger ausgiebt und in dieser Qualität handelt, so nahm man an, daß er hiefür auch hafte.

Doch wird gewiß nur gefordert, daß der Verkäufer der erste unter den Gläubigern des Verpfänders und dessen Autors sei [16]); hätte er sein Pfandrecht von einem Nichteigenthümer erworben, so haftete er natürlich ebensowenig für Eviction durch den Creditor des Eigenthümers, als für Eviction durch den Eigenthümer selbst. Die Natur der Sache und die Consequenz fordert dagegen, daß der Gläubiger auch dafür einsteht, daß er sein Veräußerungsrecht nicht zu früh ausübte, daß er die nothwendigen Formalien gehörig wahrte.

c) Natürlich ist der Gläubiger verhaftet, wenn er ausdrücklich für die Eviction Garantie übernahm, etwa gar den Ersatz des Doppelten des Kaufpreises für diesen Fall versprach [17]). Ein solches Versprechen kam in Rom vor, wenn der Gläubiger sonst einen entsprechenden Käufer nicht finden konnte. Aber gewiß nicht richtig ist, daß diese Convention die gewöhnliche gewesen sei und die Mehrzahl der Fälle gebildet hätte. Sonst ließe sich nicht begreifen, warum sich umgekehrt als Regel ausbildete, daß der Pfandgläubiger von der Evictionspflicht frei sei. Wenn also in l. 22 § 4 D. de pign. a. 13, 7 ein Gläubiger anführt creditor, quum venderet pignus, duplam promisit — nam usu hoc evenerat — so bezieht sich dies — gerade um deßwillen war die besondere Hervorhebung nöthig, offenbar auf eine Localgewohnheit [18]).

d) Der Pfandgläubiger steht dem Käufer wie ein gewöhnlicher

---

16) Verkauft der Gläubiger auf Grund einer Generalhypothek, so steht er analogerweise für Constituirung der Generalhypothek ein; dagegen nicht dafür, daß der zum Verkauf gebrachte Gegenstand, den der Debitor als Eigenthümer besaß, wirklich in dessen Vermögen stand, also in der That verpfändet war.

17) l. 1 l. 2 C. creditorem evict. 8, 46. l. 18 § 1. l. 22 § 4. l. 23 D. de p. a. 13, 7. l. 59 § 4 D. mandati 17, 1.

18) a. Anf. Bachofen Pfandr. S. 564 Anm. 1. — In der l. 59 § 4 D. mandati 17, 1 ist das communi jure promittere natürlich nicht das gewöhnliche Recht des Pfandverkaufs, vielmehr im Gegensatz hierzu das gewöhnliche Recht des Verkaufs überhaupt.

Digitized by Google

Verkäufer ein, wenn er sich beim Verkauf als Eigenthümer gerirte oder wenigstens seine Qualität als Pfandgläubiger nicht zu erkennen gab [19]). Der Käufer ist nicht gehalten, diese Qualität zu diviniren. Er erwartet die gewöhnlichen Ansprüche wegen Eviction zu erhalten, und der Verkäufer, welcher diesen Irrthum durch sein Benehmen hervorrief und benutzte, ist so zu behandeln wie er sich ausgab und dem Käufer gegenüber äußerlich auftrat [20]). —

e) Es kann sich ereignen, daß der Gläubiger irrthümlich den Verpfänder für den Eigenthümer der Sache hielt, die er als Pfand verkaufte, während er selbst der Eigenthümer ist. Welche Rechte erhält hier der Käufer durch die Tradition?

Man könnte meinen Eigenthum. Der Gläubiger hatte die Fähigkeit, die Pfandsache zu veräußern, auch an der entsprechenden Absicht scheint es ihm nicht zu fehlen. Gleichwohl ist dies nicht der Fall. Der Gläubiger hatte nicht den Willen, seine Sache aufzugeben, in der Qualität als Eigenthümer zu handeln. Er erklärt nichts Anderes, als daß er das Eigenthumsrecht des Verpfänders kraft der ihm zustehenden dinglichen Macht zu Gunsten des Pfandkäufers vernichte. Die eignen Eigenthumsrechte, die ihm zustanden und die ihm unbekannt geblieben waren, hat er also hiermit nicht übertragen [21]). Noch weniger kann die Rede davon sein, daß der Pfandkäufer nachträglich Eigenthümer wird, wenn der Gläubiger eine ihm verpfändete, aber dem Verpfänder nicht gehörende Sache als Pfand verkauft hat und selbst nach dem Verkauf dem wahren Eigenthümer succedirt oder von demselben beerbt wird. Damit die Tradition Eigenthum übertrage, muß der Tradent bereits im Moment des Vollzugs des Acts Fähigkeit zur Veräußerung haben. —

---

19) cfr. l. 9 § 1 D. locati 19, 2 quid tamen si non quasi fructuarius ei locavit, sed quasi fundi dominus? Videlicet tenebitur. Decepit enim conductorem.

20) a. Anſ. Simtenis Pfandr. S. 527. Dag. Bachofen S. 563 Anm. 11. cfr. l. 10 D. de distr. pign. 20, 5.

21) So kommt der Satz zur Anwendung, den Ulpian libro 7 disput. l. 35 D. de a. r. d. 41, 1 folgendermaßen formulirt. Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam, quasi meam vel pupilli alii tradiderint non recessit ab eis dominium et nulla est alienatio, quia nemo rem suam errans amittit. Mit Unrecht verstehen die Stelle von einer Verwechslung zweier verschiedener Sachen bei der Tradition Thibaut Verſ. Bd. 2 S. 107, Savigny Syſtem Bd. 3 S. 355. Dag. u. A. Bangerow I. § 311 Anm. 3. Scheurl Beitr. S. 193. Ihering in ſ. Jahrb. II. S. 154.

Digitized by Google

Dennoch gestattete man in diesen Fällen dem Gläubiger-Eigenthümer die Durchführung der Vindication gegen den Käufer und dessen Successoren nicht mehr.

> Paulus lib. 6 responsorum l. 10 D. de distract. pign. 20, 5. Etsi is, qui lege pignoris emit, ob evictionem rei redire ad venditorem non potest: tamen non esse audiendum creditorem, qui fundum vendidit, si velit ejusdem rei ex alia causa quaestionem movere.

Die Verpflichtungen, die der Gläubiger im Verkaufsvertrag übernahm, gehen weiter, als die Erklärungen, die in der Tradition liegen. Durch den Verkauf verspricht er dem Käufer seine volle persönliche Mitwirkung zur Verschaffung der Sache, wenn er auch Garantie für Eviction ablehnte. Er darf also nicht selbst dem Käufer die Sache entreißen und dieser kann jeden Versuch der Art mit der exceptio rei venditae et traditae abweisen, die auch den Successoren des Gläubigers gegenübertritt. Ebenso würde eine entsprechende replicatio die exceptio dominii beseitigen, wenn der Pfandverkäufer den Besitz der Kaufsache zurückerhielte und der Käufer mit der actio Publiciana klagte.

Da der Käufer an und für sich durch die Tradition nur Rechtsnachfolger des Verpfänders wird, so müßten ihm, streng genommen, solche publicianisch Berechtigte vorgehen, die ein besseres Recht als der Verpfänder hatten. Indessen müssen diese Berechtigte wieder dem Pfandverkäufer als dem wahren Eigenthümer weichen; der Pfandkäufer aber ist befugt, Cession auch dieser propria jura seines Verkäufers auf Grund des Kaufvertrags zu fordern und sich auf diesem Wege gegen jene Berechtigten zu schützen. Das Verhältniß charakterisirt daher schlagend Pomponius durch eine Aeußerung, die Paulus libro 5 ad Sabinum referirt:

> l. 15 § 2 D. de c. e. 18, 1. Si rem meam mihi ignoranti vendideris et jussu meo alii tradideris non putat Pomponius dominium meum transire, quoniam non hoc mihi propositum fuit, sed quasi tuum dominium ad eum transire...[29]).

Meist hebt man hier nur die negative Seite hervor; das wahre Eigenthum, das Recht des Mandanten, das ihm selbst unbekannt ge-

---

29) cfr. Ihering Jahrb. Bd. 2 S. 153 S. 170. Scheurl Beitr. I. S. 196.

Digitized by Google

blieben war, geht nicht über. Aber die Stelle hat auch einen sehr entschiedenen positiven Inhalt, der Empfänger wird Successor des Mandatars und steht — da der wahre Eigenthümer die Sache nicht in Folge der exceptio rei voluntate tua traditae anfechten kann, wesentlich so, als wenn der Mandatar wirklich Eigenthümer gewesen wäre (sed quasi tuum dominium ad eum transire).

§ 107. Haftung für Mängel und Angaben.

Inwieweit haftet der Pfandgläubiger wegen Mängel der verkauften Pfandsache? Es ist selbstverständlich, daß er für die Mängel haftet, deren Nichtexistenz er garantirte; deßgleichen daß er auf Grund seines Dolus haftet, wenn er Mängel kannte und verschwieg. Steht er aber wie andere Verkäufer wegen ihm unbekannt gebliebener verborgener Mängel ein [1])? Kein Quellenzeugniß existirt, welches die Grundsätze des ädiliciſchen Edicts für unanwendbar erklärt, wenn der Pfandgläubiger verkauft. In einigen Stellen scheint die Existenz der ädiliciſchen Klagen vorausgesetzt.

> l. 10 § 1 D. q. m. p. s. 20, 6 Paulus libro 3 quaest. . . creditor quoque si pignus distraxit et ex venditione recessum fuerit vel homo redhibitus dominium ad debitorem revertitur.
>
> l. 26 D. de solut. 46, 3. Pomponius libr. 25 ad Sabinum. Sed si servus pigneratus a creditore venierit, quamdiu redhiberi possit, non liberabitur debitor.

Doch diese Stellen beweisen eine Anwendung der ädiliciſchen Klagen auf den Verkauf durch den Pfandgläubiger nicht, sie sprechen sich über die Folgen der Redhibition, nicht über deren Veranlassung aus und unterstellen wohl, daß der Käufer sich die Redhibition vorbehielt, etwa für den Fall, daß ihm die Kaufsache nicht zusagt [2]). Ja, die zweite und ausführlichere Stelle kann schon deßwegen nicht von der Redhibition wegen verborgener Mängel handeln, weil sie sonst nothwendig auch der actio quanti minoris und ihres Einflusses gedenken müßte; außerdem würde aber die bloße Möglichkeit eines Auftauchens verborgener Mängel — also eines unvorgesehenen,

1) Hiefür Bachofen Pfandr. S. 567.
2) l. 31 § 22 D. de aedil. edicto 21, 1.

Digitized by Google

nicht erwarteten Ereigniſſes — die Liberation entſchieden nicht ſolange ſuſpendiren, bis die Zeit innerhalb deren die Beſchwerde möglich iſt, abgelaufen iſt; nur die wirkliche Redhibition würde die Liberation wieder aufheben. Auf der andern Seite iſt es nicht glaublich, daß der Käufer zwar keine Regreßrechte gegen den Gläubiger hat, wenn ihm die Sache durch Eviction ganz entzogen wird, dagegen Anſprüche geltend machen ſoll, wenn er dieſelbe behalten kann und wenn nur Mängel ſich zeigen, welche Brauchbarkeit und Werth der Sache vermindern. Die Conſequenz fordert daher die Annahme, daß der Käufer gegenüber dem Pfandgläubiger keine Klage wegen verborgener Mängel zuſteht. Wohl aber wird er nach Grundſätzen, die wir entwickeln werden, gegen den Verpfänder auf den Betrag klagen können, um welchen er die Sache bei Kenntniß der Mängel wohlfeiler hätte kaufen können, alſo auf die Summe, um welche der Verpfänder direct oder indirect auf des Käufers Koſten bereichert iſt. Es ſchließt ſich die Frage an, ob und inwieweit der Pfandgläubiger wegen Angaben hafte, die er bei Verkauf der Pfandſache über deren Eigenſchaften gemacht hat; es iſt ihm z. B. Silbergeſchirr verpfändet und er macht Mittheilungen über deſſen Feingehalt, welche er den Angaben, die ihm der Verpfänder machte, einfach und bona fide entnahm, die ſich aber nachher nicht bewahrheiten. Unſere Meinung geht dahin, daß er wegen ſolcher Mittheilungen allerdings einſtehen muß, falls er nicht die eigne Verantwortlichkeit für ſie ablehnt und ſie nur als Angaben des Verpfänders referirt; denn es entſpricht der bona fides, daß man dem Mitcontrahenten für Erklärungen einſtehe, die man in der Weiſe abgiebt, als ſeien ſie Ausdruck eigner Kenntniß [3]).

---

3) Für die Behauptung, daß der Pfandgläubiger für ſolche Aeußerungen nicht hafte, ließe ſich allerdings folgende Entſcheidung l. 36 § 1 D. de incolis 50, 1 Modestinus libro 1 responsorum anführen. Titius pro pecunia publica, quam ipse credidit, pignus accepit, pacto facto cum debitore, ut non soluto debito, sine ulla repromissione distrahatur pignus. Succedentes gradus in locum Titii nomen et pignus probaverunt usque ad Maevium: ex venditione pignoris propter repromissionem a magistratu (ibus) vendentibus factam, & modo fundi demonstrato, satis debito factum non est? Quaerebatur quis reipublicae tenetur? Herennius Modestinus: Titium cum successores ejus periculum nominis agnoverint, eo nomine obstrictum non esse respondi: sed nec post magistratus, qui vendidisse proponuntur: cum videlicet pluris venderunt propter mensurae agri demonstrationem et hoc, qua plures vendiderunt, restituere (minore) modo deprehenso jussi sunt: eum igitur, qui novis

Digitized by Google

§ 108. Ansprüche des Gläubigers gegenüber dem Pfandkäufer.

Die Pflichten, die der Pfandkäufer dem Verkäufer des Pfands gegenüber übernimmt, sind wesentlich die nämlichen, wie sie bei jedem andern Kauf eintreten; immerhin giebt die besondere Stellung des Gläubigers Anlaß zu eigenthümlichen Bedenken und Variationen der allgemeinen Regeln.

1) Der Pfandgläubiger erwirbt vor Allem die Forderung auf den verabredeten Kaufpreis und die gewöhnlichen Ansprüche wegen Verzinsung, im Fall der Käufer in den Genuß der Sache gesetzt ist oder in Mora geräth. Die Gefahr trifft den Pfandkäufer, den Principien gemäß, vom Moment der Perfection des Vertrags an, nicht erst mit der Einweisung in die Sache.

Hat der Gläubiger ausbedungen, daß es dem bisherigen Pachter oder Miether der verpfändeten Sache gestattet sein solle, die volle Pacht-

---

simus nomen probavit, indemnitati reipublicae satis facere debere, si nomen ad successorem idoneum transmisisse non doceatur. Der Municipalmagistrat Titius hatte öffentliche Gelder ausgeliehen, ein Grundstück als Pfand empfangen und sich ausgehalten, daß er es im Fall des Unterbleibens der Zahlung sine ulla repromissione verkaufen könne. Diese Clausel — übrigens selbstverständlich — war natürlich zum Nachtheil des Schuldners, da der Käufer, dem keinerlei Garantie geboten wird, der also ein größeres Risico trägt, auch nur eine verhältnißmäßig niedrigere Summe bieten kann. Als es später zum Pfandverkauf kam, hielt es der Verkaufende, der Magistrat, doch für angemessen, dem Käufer eine Repromission wegen des Maßes des Kaufobjects zu leisten. Aber dieses fand sich hinterher nicht. Die Gemeinde mußte daher einen Theil des eingezogenen Kaufpreises zurückgeben, wie der Jurist ausdrücklich betont, wegen der Repromission. Also — könnte man schließen — hätte sie nichts zu leisten, wenn eine Repromission gefehlt hätte. Dieser Schluß ginge zuweit. Der Verkäufer würde allerdings nicht haften, wenn er jede Angabe unterlassen hätte oder solche Angaben zwar gemacht hatte, aber mit dem ausdrücklichen Zusatz — ohne Gewähr. Aber aus unserer Stelle ist doch nicht zu folgern, daß der Pfandgläubiger wegen Angaben, die er machte, ohne ausdrückliche Garantie für sie zu übernehmen, keine persönliche Verantwortlichkeit übernimmt.

Die weitere Erörterung der angeführten Stelle interessirt uns direct hier nicht. Modestin entscheidet, daß der verkaufende Magistrat der Stadtgemeinde dafür nicht verantwortlich sei, daß wegen der theilweisen Rückzahlung die Forderung der Stadtgemeinde nicht ganz aus dem Pfanderlös gedeckt werden kann. Denn dieser verkaufende Magistrat hat mit aller Diligenz den höchstmöglichen Preis zu erzielen gesucht. Die Gefahr trifft vielmehr den Magistrat, welcher die Forderung, die dereinst Titius constituirte, zuletzt billigte und die Verantwortlichkeit nicht auf die Schultern seines Nachfolgers überlud.

Digitized by Google

zeit auszuhalten, ſo iſt eine ſolche Convention gültig [1]). Aber nicht der Pachter, der trotzdem vertrieben wird, kann aus derſelben Klage erheben, auch nicht der Verpfänder, gegen welchen dieſer jenen Regreß nimmt, vielmehr kann der Gläubiger das Intereſſe fordern, das der Verpfänder bei deren Erfüllung hat, wie er verpflichtet iſt, demſelben dieſen Betrag anzurechnen, reſpective zu erſtatten.

Nur dem Gläubiger, mit dem er contrahirt hat, iſt der Käufer verpflichtet; der Verpfänder hat ſelbſt dann keine Klage gegen den Pfandkäufer, wenn der für das Pfandobject verſprochene Kaufpreis den Betrag der Forderung des Creditors überſteigt; es ſei ihm denn die Klage des Gläubigers cedirt [2]). Zahlt freilich der Käufer die hyperocha dem Verpfänder freiwillig, ſo wird er ſich nicht ſelten aus dem Grund liberiren, weil er dem Gläubiger ſeines Gläubigers zahlte, alſo deſſen Geſchäfte führte [3]). Allein dieſer muß die Zahlung dann nicht anerkennen, wenn ſie ſeinem Intereſſe entgegenlief, etwa weil er außer der Pfandforderung noch Chirographarforderungen an den Verpfänder hat, die er mit der hyperocha compenſirend hätte tilgen können. Und noch weniger befreit ſich der Käufer durch Zahlung an den Verpfänder, wenn Nachhypothekarien vorhanden ſind, denn hier ſind eben dieſe die Creditoren des Gläubigers hinſichtlich der hyperocha, keineswegs aber der Verpfänder. Es kann der Gläubiger beim Verkauf ſofort ausbedungen haben, daß der Käufer die hyperocha dem Verpfänder oder den Nachhypothekarien direct abzuliefern habe. Dann iſt der Gläubiger berechtigt auf Erfüllung dieſer Clauſel zu klagen, da er ein genügendes Intereſſe bei einer ſolchen Convention hat [4]). Ob auch der Verpfänder aus einem ſolchen Vertrag ohne Ceſſion klagen kann, iſt zweifelhafter, aber doch wohl nach Analogie anderer Entſcheidungen zu bejahen [5]).

2) Der Pfandgläubiger kann des weiteren vom Käufer Erſatz der Auslagen fordern, welche er nach dem Verkauf gerechtfertigter Weiſe auf die Sache machte [6]). — War dieſe Sache noch im Beſitz des Ver-

1) l. 13 § 30 D. de a. emti 19, 1.
2) l. 24 § 2 D. de p. a. 13, 7.
3) l. 6 D. de doli mali exc. 44, 4.
4) § 20 J. de inut. stipul. 3, 20.
5) l. 13 D. de pign. a. 13, 7.
6) l. 13 § 22 D. de act. emti 19, 1 l. 13 l. 16 C. eod. 4, 49.

Digitized by Google

pfänders und hat dieser Verwendungen auf dieselbe gemacht, so kann und muß der Gläubiger auch sie dem Käufer in Rechnung stellen, wenn sie sich der Verpfänder nicht direct durch Retention gegenüber dem Käufer servirt hat. Denn wie diesem der Vortheil, den die Kaufsache nach dem Vertragsschluß abwarf, zu Gute kommt, so fallen ihm auf der andern Seite die Lasten an. —

Eine Frage ist zu erwägen — die aus der innersten Natur des Kaufvertrags ihre Lösung finden muß — ob dem Käufer die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises auch dann noch obliege, wenn er im Streit um die Pfandsache bereits besiegt und entwährt ist?

Der Pfandgläubiger giebt dem Pfandkäufer keine Garantie für Eviction; er hat auch nicht einmal, das steht fest, dem evincirten Käufer den empfangenen Preis zu restituiren. Nam si jure creditoris vendiderit (berichtet Ulpian l. 11 § 16 D. de a. e. 19, 1) deinde haec fuerint evicta non tenetur nec ad pretium restituendum ex emto actione creditor, hoc enim multis constitutionibus effectum est. Müssen wir consequent noch einen Schritt weiter gehen, indem wir dem Gläubiger Beitreibung des Kaufpreises noch nach Eintritt der Eviction gestatten?

Diese Frage hat eine über das Gebiet des Pfandrechts reichende Tragweite. Wenn der Verkäufer die Pflicht für Eviction einzustehen ausdrücklich ablehnte, so soll er — das stellte sich nach heftigem Streit fest — auch nicht einmal zur Rückgabe des empfangenen Kaufpreises gehalten sein [7]). Kann er denselben aber noch beitreiben? Dieselben Zweifel und dieselben Entscheidungsgründe werden hier zur Anwendung kommen, wie beim Pfandverkaufe.

Für die Verbindlichkeit des evincirten Pfandkäufers zur Zahlung des Kaufpreises ließe sich etwa Folgendes anführen. Der Verkäufer hat Alles, was ihm oblag, geleistet; er versprach von vornherein nichts Anderes, als persönliche Mitwirkung zur Realisirung des Verkaufs, gegen Eviction garantirte er nicht; der Käufer hat also hier keine exceptio non adimpleti contractus mehr und es liegt ihm ob, von seiner Seite das Versprochene zu erfüllen. — Es mag für den Käufer hart sein, noch den Geldpreis zu zahlen, nachdem bereits gewiß ist, daß

7) l. 11 § 18 D. de a. emti 19, 1. cfr. u. A. Bangerow III. § 610 Anm. 4 S. 345.

Digitized by Google

er das Kaufobject nicht erhält. Doch inwieviel andern Fäl[illegible] nicht das gleiche Resultat ein? Auch beim Kauf einer Hoffnung verhält es sich nicht anders. Der Käufer muß zahlen, auch wenn er eine Niete erhielt. Gerade mit diesem Geschäft hat der Kauf ohne Evictionsgewähr große Aehnlichkeit; er wird mit ihm selbst in den Quellen zusammengestellt [8]). Und trägt nicht überhaupt der Käufer vom Moment der Perfection des Kaufvertrags an die Gefahr; so daß er den Preis zu zahlen hat, auch wenn er wegen Untergangs des Kaufobjects nichts erhält. In unserm Fall nun könnte man finden — wird nur der Kreis der zu übernehmenden Gefahr erweitert.

Erwidern läßt sich hiergegen. Es ist richtig: die exceptio non adimpleti contractus ist hier unanwendbar; es liegen dem Verkäufer keine Verpflichtungen mehr ob, die er zu prästiren hätte. Aber es wäre doch kaum mit der bona fides vereinbar, wenn der Verkäufer aus dem Verkauf einer Sache, an welcher er, wie bereits feststeht, kein Recht hatte und aus welchem der Käufer in Folge dessen nichts erhielt, eine Klage auf den Kaufpreis erheben wollte. Hat der Käufer bereits gezahlt, so fehlt es an einem gehörigen Grund, wenn er den Schaden, den er lief, auf den Rücken des Gläubigers abwälzen und das Gezahlte zurückfordern wollte, aber ebensowenig erträglich wäre es, wenn der Gläubiger den Käufer jetzt noch zur Zahlung nöthigen und von ihm Tilgung einer Schuld erzwingen wollte, die eigentlich dem Käufer fremd ist.

Die Analogie des Hoffnungskaufs kann nicht zur Anwendung kommen. Dort tauscht der Käufer von Anfang an für Geld nur eine Chance ein, die, wie er wohl weiß, so gut eintreten kann wie auch nicht; hier erwartete er bestimmt den Erwerb einer Sache, wenn er auch wissen muß, daß ihm das Behalten nicht ausreichend garantirt ist. —

Folgendes spricht dafür, daß die letztere Ansicht die des römischen Rechts war. Die l. 11 § 16 D. de a. emti 19, 1 und die dort angeführten Constitutionen erklären nur, daß dem Käufer die Rückforderung des einmal gezahlten Kaufpreises nicht zustünde. Wäre man noch weiter gegangen und hätte man dem Pfandgläubiger noch nach der Eviction eine Klage auf Beitreibung des Kaufpreises verstattet, so wäre auffallend, daß nicht dieser noch frappantere Rechtssatz

8) l. 11 § 18 cit.

Digitized by Google

hierbei Erwähnung fand. Wie verhält ſich nun zu dieſem Reſultat die Entſcheidung Papinians libro 11 respons. l. 68 D. de evict. 21, 2.

> Quum ea conditione pignus distrahetur, ne quid evictione secuta creditor praestet, quamvis pretium emtor non solverit, sed venditori caverit, evictione secuta nullam emtor exceptionem habebit, quominus pretium solvat.

Wird hier nicht die Zuläſſigkeit einer Klage auf den Kaufpreis noch nach der Eviction feſtgeſtellt? Neuere Schriftſteller, die ſich mit unſerer Stelle beſchäftigen, ſuchen ſie in folgender Weiſe zu entfernen. Sie nehmen an, Papinians Ausſpruch ſetze den Fall eines beſondern Vertrags voraus, wodurch der Gläubiger ausdrücklich jede Garantie für Eviction von ſich ablehnte [9]). Ganz anders aber ſtehe es, wenn der Creditor ohne ſpecielle Verabredung jure pignoris zum Verkauf ſchreite, dann ſei die Einforderung des Preiſes nach der Eviction in keiner Weiſe zu geſtatten.

Doch finden wir: wenn es erlaubt und recht iſt, daß der Creditor, welcher ausdrücklich ohne Evictionsgarantie verkaufte, den Kaufpreis noch vom entwährten Käufer fordert, warum ſoll dies Unrecht werden, wenn er die Garantie nur ſtillſchweigend abgelehnt hat! Es kommt allerdings vor, daß die ausdrückliche Betonung einer Rechtswirkung, die ohnehin von ſelbſt eingetreten wäre, beſondere Rechtsfolgen hat. Wer z. B. ohnehin für custodia haftet, wird ſtrenger obligirt, wenn er eine Haftung für dieſelbe beſonders übernimmt. Die Römer ſahen in ſolchem Vertrag die Abſicht gegen jede durch Vorſicht irgendwie vermeidbare Gefahr abſolut die Garantie zu übernehmen ohne Rückſicht darauf, ob der Verpflichtete die gewöhnliche Sorgfalt des Hausvaters angewendet hat. Hier treten ſolche Geſichtspunkte nicht ein.

Dies alſo ſcheint uns irrelevant; alles Gewicht aber darauf zu legen, daß in dem von Papinian vorgetragenen Fall der Anſpruch auf den Kaufpreis nachträglich, jedoch bereits vor der Eviction novirt war. Demnach iſt der Zuſatz sed venditori caverit [10]) und dies dient unſerer Erklärung zur Unterſtützung, nicht ein bedeutungslo-

---

9) Sintenis Pfandrecht S. 526, Bachofen Pfandrecht S. 565, Vangerow §. 380 II. 4), Windſcheid Pand. § 237 not. 22. Cujacius ad h. l. giebt, wie häufig eine Umſchreibung, keine Erklärung.

10) Cavere iſt als eine Stipulation des Kaufpreiſes aufzufaſſen. Sie enthielt bekanntlich wenigſtens nach claſſiſchem Recht eine Novation.

Digitized by Google

ſes factiſches Moment, ſondern das eigentliche Lebenselement der Entſcheidung.

Allerdings ſtehen in der Regel alle Einreden der novirten Forderung gegenüber, welche bereits im Augenblick der Novation der urſprünglichen Forderung gegenüber fundirt waren. Die Anfechtbarkeit der Mutterobligation überträgt ſich auf die novirte Forderung. Daher kann z. B. der Stipulation des Kaufpreiſes die ſogenannte exceptio non adimpleti contractus nicht weniger entgegengeſtellt werden, wie der Forderung aus dem Kaufvertrag ſelbſt [11]). Einreden hingegen, welche im Moment der Novation noch nicht fundirt waren, wohl aber gegen die urſprüngliche Forderung ſpäter entſtanden wären, wenn ſie ſich erhalten hätte, ſind der novirten Forderung gegenüber unanwendbar. Hierher gehört der vorliegende Fall. Der Pfandgläubiger hatte einen vollgültigen unanfechtbaren Anſpruch auf den Kaufpreis im Moment der Novation. Statt, wie er berechtigt geweſen wäre, Zahlung zu erzwingen, novirte er mit dem Käufer und acceptirte die Stipulationsforderung, anſtatt Realleiſtung [12]). Was die urſprüngliche Forderung aus dem Kaufvertrag hatte betreffen können, trifft die novirte Geldforderung nicht. Es ergiebt ſich als Reſultat, der Pfandgläubiger kann in der Regel den verſprochenen Kaufpreis nicht mehr einfordern, wenn dem Käufer das Pfandobject bereits evincirt iſt. Hat aber der Verkäufer den Anſpruch gegen den Käufer vor der Eviction novirt, ſo kann er dieſe Forderung trotz derſelben geltend machen [13]). —

§ 109. 3) Anſprüche des Pfandkäufers gegen den Verpfänder.

Die Anſprüche, die dem Pfandkäufer gegen den Verpfänder zuſtehen, haben in vielfacher Beziehung ein beſonderes Intereſſe. Gerade

---

11) l. 25 D. de act. emti 19, 1.

12) non solverit sed caverit. Es war Zahlungszeit und trotzdem begnügte ſich der Verkäufer mit der promissio des Käufers. Es iſt alſo in dieſem Betracht die Novation solutioni similis.

13) Es verſteht ſich, daß der Käufer, der angehalten wird, den fälligen Kaufpreis zu zahlen, nicht berechtigt iſt, denſelben zu retiniren, bis ihm Caution wegen künftiger oder ſelbſt drohender Eviction geſtellt iſt. Denn dieſe Caution hat ihre Baſis in der Verpflichtung des Verkäufers für Eviction einzuſtehen, die hier nicht exiſtirt. cfr. l. 18 § 1 D. de per. et commodo 18, 6. l. 24 C. de evict. 8, 45 u. a. a. O.

Digitized by Google

hier zeigt ſich, worauf wir ſchon mehrmals aufmerkſam machen mußten, daß der Gläubiger von den Römern nicht als Procurator des Verpfänders betrachtet wurde. Wäre dies der Fall, ſo hätte der Verpfänder mit der actio emti institoria wegen ſämmtlicher vom Gläubiger übernommenen Verbindlichkeiten haften müſſen; es ſtünde im Ermeſſen des Käufers, wen von beiden er wegen Tradition, oder wegen etwa ſtipulirter Gewähr für Mängel, Eviction, kurz wegen aller Verpflichtungen in Anſpruch nehmen wollte, die der Gläubiger contrahirt hätte [1]). Von dem allem aber iſt nicht die Rede.

Dagegen findet ſich umgekehrt in Fällen, in denen der Gläubiger eine Haftung ausdrücklich oder ſtillſchweigend von ſich ablehnte, aushülfsweiſe eine Klage gegen den Verpfänder. Auch dies im Gegenſatz gegen die römiſchen Grundſätze der Stellvertretung, indem dort die Befreiung des Procurators auch die des Auftraggebers mit ſich führt. Um jener Klage gegen den Verpfänder die rechte Stellung anzuweiſen, iſt Weniges vorauszuſchicken.

Der Käufer des Pfands kann ſich nicht darüber beſchweren, daß er im Fall der Eviction keinen Anſpruch gegenüber dem verkaufenden Gläubiger hat. Er mußte wiſſen, daß er bei einem Pfandverkauf keine Garantie gegen Eviction erhalte; vielleicht hat er ausdrücklich hierein gewilligt; jedenfalls iſt ihm nicht verborgen, daß es ſich für den Gläubiger nicht um Gewinn, ſondern um Abwendung von Schaden handelte. Der an den Gläubiger gezahlte Kaufpreis kommt aber in zweiter Linie dem Schuldner zu Gute, der durch Aufrechnung von ſeiner Schuld entlaſtet wurde, vielleicht gar eine hyperocha einſtrich. Soll der Käufer ruhig hinnehmen müſſen, daß der Verpfänder der fremden Sache durch das Geld des Käufers ſeiner Schulden entlaſtet und ſo auf deſſen Koſten bereichert werde?

Daß ſich Niemand aus fremdem Vermögen ohne gehörigen Grund bereichere, iſt ein Poſtulat an eine vernünftige Ordnung der menſchlichen Verhältniſſe, welches durch die Sittlichkeit geſtellt iſt. Auch das römiſche Recht theilt dieſen Gedanken:

> l. 206 D. de R. J. 50, 17. Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem.

Allerdings hat dieſer Satz in ſolcher Allgemeinheit keinen abſolu-

1) l. 13 § 25 D. de a. e. 19, 1.

Digitized by Google

ten und unmittelbaren Anspruch auf praktische Verwirklichung[2]). Er stellt aber dem Recht ein Ideal vor Augen, das es zu realisiren hat, damit nicht Zufall und blindes Spiel die äußern Verhältnisse regeln und dem Einen geben, was sie einem Andern nehmen. Aus ihm entsprang daher keine selbstständige und directe allgemeine Klage. Wohl aber gingen wichtige Einzelklagen, vor Allem die condictiones, aus diesem Princip hervor und es wußten die römischen Juristen ihren Rechtsmitteln und ihrem juristischen Apparat die Richtung zu geben, daß ungerechtfertigter Gewinn nicht leicht beim Gewinnenden verblieb.

Eine durchgreifende Anwendung erhielt der Satz vor Allem dann, wenn ein Schuldner durch fremde Zahlung von einer ihm obliegenden Schuld befreit wurde. Aus guten Gründen. Bei mancher Art der Bereicherung mag es für den Gewinnenden hart sein, einen Vermögensvortheil bezahlen zu müssen, den er sonst nicht beabsichtigt oder gemacht hätte. Aus dieser Rücksicht rechtfertigt sich, daß der Besitzer, welcher auf eine fremde Sache, die er für die eigne hielt, Verwendungen machte, eine Klage wegen des erhöhten Werths der Sache nicht hat. War Jemand aber Schuldner und wird zufälligerweise aus dem Geld eines Andern befreit, dann wird er, da es sich um Erfüllung einer Pflicht handelt. nichts dagegen einwenden können, wenn er nun diesem auf den gleichen Betrag verhaftet ist. So gelangten die römischen Juristen zur Regel, wenn Jemand in der Meinung die eigne Schuld zu tilgen, einen Andern befreit hat, dann erhält er eine actio negotiorum gestorum contraria gegen den Befreiten[3]). Obgleich die Absicht, fremde Geschäfte zu führen, regelmäßig Bedingung und Voraussetzung der actio negotiorum gestorum ist, so setzte man sich hier über jenes Requisit hinweg, damit nicht auf dem Wege Rechtens der befreite Schuldner ungerechtfertigten Gewinn mache.

Von diesem Gesichtspunkt aus mußte man denn auch dem Käufer, welcher durch den Kaufpreis die Schuld des Pfandschuldners getilgt hatte, ohne das gehoffte Aequivalent, nämlich die Pfandsache, be-

---

2) vgl. H. Witte Bereicherungsklagen in der Vorrede S. V.

3) Diese Ansicht hebt besonders heraus Chambon neg. gest. S. 145. Bangerow Bd. III. §. 664 S. 520. Sie wird bewiesen einerseits durch l. 14 § 11 D. de religios. et sumt. funer. 11, 7 l. 32 pr. D. eod. l. 50 § 1 D. de her. pet. 5, 3 vor Allem aber auf l. ult. D. de neg. gest. 3, 5.

Digitized by Google

halten zu können, einen Erſatzanſpruch gegen den befreiten Schuldner geben. Noch weniger konnte man dulden, daß der Verpfänder der fremden Sache etwa gar eine hyperocha lucrire. Zur Ausgleichung des Verhältniſſes ſchlugen die römiſchen Juriſten verſchiedene Wege ein, die indeſſen mehr formell als materiell differirten [4]).

1) Einen merkwürdigen Modus erſann Ulpian. Aus dem liber 2 disputationum dieſes Juriſten ſind uns drei, in den Pandekten zerſtreute Stellen erhalten, die in einem engen Bezug zu einander ſtehen und uns in ihrem Zuſammenhalt einen genaueren Einblick in den Gedankengang des Schriftſtellers gewähren.

Wir erinnern uns [5]), daß Ulpian in jenem Buch den Fall erörtert hatte, daß einer der im Teſtament geſchriebenen Erben, ehe der Erbſchaftsantritt erfolgt war, vom Prätor zur Beſtattung des Erblaſſers angehalten wurde, daß er zu dieſem Zweck einen Erbſchaftsſklaven verkauft hatte, welcher ſpäter ſeine Freiheit vindicirte und damit obſiegte. Der Juriſt ſprach hier den Verkäufer als ſolchen von der Gewähr für Eviction frei und ſtellte dem Käufer gegen den wirklich antretenden Erben, welchem Erſatz der Begräbnißkoſten oblag und dem alſo der zum Begräbniß verwendete Kaufpreis des Sklaven zu Gute kam, eine actio ex emto utilis in Ausſicht. Es frug ſich, ob die gleiche Klage dem evincirten Pfandkäufer gegen den Verpfänder, der durch den Kaufpreis bereichert iſt, zuſtehe. Hier reiht ſich eine Phraſe Ulpians, die demſelben Buch der disputationes entnommen iſt, aller Wahrſcheinlichkeit nach, an:

> l. 21 D. praescriptis verbis 19, 5. Quotiens deficit actio vel exceptio, utilis actio vel exceptio est. —

Nur wo die ordentlichen Rechtsmittel nicht ausreichen — hierauf liegt der Ton der Stelle — ſoll in der Regel eine actio utilis gegeben werden. Und daß man mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln zu Wege kommen kann, das ſuchte er eben im weitern Verlauf zu zeigen:

> l. 38 D. de evictionibus 21, 2. Ulpianus libro 2 disput. In creditore, qui pignus vendidit, tractari potest, an re evicta vel ad hoc teneatur ex emto, ut quam habet adversus debitorem actionem, eam praestet: habet autem contrariam pigneratitiam actionem. Et magis est, ut

4) Vgl. namentlich Bachofen Pfandr. S. 583 ff. Wangerow § 380 II.
5) Oben § 106 not. 7.

Digitized by Google

praestet. Cui enim non aequum videbitur, vel hoc consequi emtorem, quod sine dispendio creditoris futurum est.

Der Pfandgläubiger, dem eine fremde Sache verpfändet wird, hat, wie wir wiſſen, eine actio pigneratitia contraria gegen den Verpfänder auf Erſatz ſeines Schadens [6]). Der Juriſt nimmt nun an, der evincirte Käufer der angeblichen Pfandſache könne Ceſſion dieſer Klage vom Pfandgläubiger fordern, und mittelſt derſelben dann gegen den Verpfänder vorgehen; einer actio emti utilis bedürfe er alſo nicht.

Das iſt aber doch ein ſehr gekünſtelter Weg [7]). Der Pfandgläubiger ſelbſt kann die actio pigneratitia nach dem Verkauf des Pfands und der Beitreibung des Kaufpreiſes nicht mehr durchführen, denn es iſt ja jeder Schaden, der ihm aus der Verpfändung der fremden Sache hätte erwachſen können, beſeitigt; er iſt aus dem Pfand, trotz jenes Mangels, befriedigt. Gleichwohl ſoll dieſe in ſeiner Hand bereits leere Klage noch dem Käufer nach der Ceſſion dienen! [8]) Zudem iſt der Umweg, wonach der Käufer erſt den Pfandgläubiger aufſuchen und ihn zur Ceſſion der Klage gegen den Verpfänder anhalten muß, nicht ſelten läſtig oder unthunlich. Endlich reicht das Mittel in vielen und wichtigen Fällen nicht aus. Es iſt unzulänglich, wenn der Verpfänder dem Pfandgläubiger gegenüber eine Garantie für ſein Eigenthumsrecht an der Pfandſache ablehnte, was übrigens der Gläubiger, wenn er bona fide verfahren wollte, dem Käufer beim Verkauf anzeigen mußte. Deßgleichen, wenn der Gläubiger aus einer Generalhypothek heraus eine Sache, die er im Eigenthum des Verpfänders erachtete, verkaufte, da hier natürlicherweiſe die actio pigneratitia ceſſirt. Ebenſowenig kann die Rede von dieſem Ausweg ſein bei einer vermeintlichen Legalhypothek oder wenn der Richter ex causa judicati Pfänder in Beſchlag belegt und verkauft, die ſpäter dem Käufer evincirt werden.

2) Daher gaben andere Juriſten dem Pfandkäufer eine unmittel-

---

6) l. 54 D. de fidejussoribus 46, 1. l. 16 § 1. l. 22 § 4 D. 13, 7. — Bd. I. S. 166.

7) Sehr richtig glossa p. ad h. l. „mirabile est, quod dedit pigneratitiam contrariam actionem, cum ea cedenti sit inutilis.

8) Eine ähnliche Entſcheidung giebt jedoch Ulpian l. 25 D. de administr. 26, 7: verbis: nisi forte mandare actiones paratus sit curatoribus. Auch hier wird die befolgte Befriedigung ignorirt werden müſſen, wenn die cedirte Klage dem Ceſſionar von Nutzen ſein ſoll.

Digitized by Google

bare Klage gegen den befreiten Schuldner. Zu dieſen gehörte vor Allem Tryphonin, welcher auf unſer Verhältniß im achten Buch eines gleichfalls disputationes betitelten Werks wohl gleichzeitig mit Ulpian näher eintrat.

Tryphonin hat (l. 12 § 1 D. de distr. pign. 20, 5) hervorgehoben, daß der Gläubiger, dem ſein Schuldner eine fremde Sache verpfändet hat und der dieſelbe ohne Evictionsgarantie verkauft hat, den erlöſten Preis auf die Forderung aufrechnen müſſe und fährt dann fort:

> Sed quantum quidem ad creditorem debitor liberatur, quantum vero ad dominum rei, si necdum pignus evictum sit: vel ad emtorem post evictionem ipsi, debitor utili actione tenetur, ne ex aliena jactura sibi lucrum adquirat [9]).

Der Juriſt gewährt alſo:

a) Dem Eigenthümer der als Pfand verkauften Sache vor der Eviction eine Klage gegen den Verpfänder, der durch deren Erlös ganz oder theilweiſe von ſeiner Schuld befreit iſt. Und zwar begründet der Sacheigenthümer ſeine Klage dadurch, daß er auf ſeine Vindication gegen den Käufer des Pfandes verzichtet [10]). Hierdurch wird dem Käufer die Möglichkeit entzogen, regredirend vom Verpfänder Erſatz des zu deſſen Vortheil verwendeten Kaufpreiſes zu verlangen. Und ſo beſorgt alſo der Eigenthümer durch ſeinen Verzicht auf die Eviction — die negotia des Verpfänders; erhält demnach eine actio negotiorum gestorum contraria.

Außerdem erhält aber der Eigenthümer wohl auch dann eine Klage gegen den Verpfänder, wenn ihm die Vindication abgeſchnitten iſt, weil etwa der Käufer bereits uſucapirte oder die Sache unterging und der Verpfänder entweder mala fide oder doch ſonſt in den Beſitz

---

9) Aehnlich Paulus l. 17 § 4 D. de institoria actione 14, 3 videri me dolo facere, qui ex aliena jactura lucrum quaeram.

10) l. 3 C. de rei vindicatione 3, 32. Imperator Alexander. Mater tua vel maritus fundum invita vel ignorante te vendere jure non potuit, sed rem tuam a possessore vindicare . . poteris. Sin autem postea de ea venditione consensisti vel alio modo proprietatem ejus amisisti adversus emtorem quidem nullam habes actionem adversus venditorem vero de pretio negotiorum gestorum actionem exercere non prohiberis. a. 226.

Digitized by Google

ohne jeden Titel gekommen war, alſo ohne Grund einen Gewinn auf Koſten des Käufers gemacht hat [11]).

b) Hat der Eigenthümer die Sache bereits evincirt, dann giebt Tryphonin dem Käufer eine Klage gegen den Verpfänder. Offenbar dachte er ſich auch dieſe Klage als eine actio negotiorum gestorum contraria; daher die enge Verbindung, in welche der Juriſt die Klage des Eigenthümers gegen den Verpfänder, welche eben eine negotiorum gestorum actio utilis iſt und die des Käufers ſetzt. Daß der Käufer bei Zahlung des Preiſes ſein eignes Geſchäft und nur dies beſorgen wollte, ſteht nicht entgegen. Wir haben geſehen, daß man dann, wenn ein Schuldner von einer Schuld befreit war, an dem gewöhnlichen Requiſit der actio negotiorum gestorum, wonach die Abſicht ſein muß, fremde Geſchäfte zu beſorgen, nicht unbedingt feſthielt.

Eine andere Klage proponirt Hermogenian libro 2 juris epitomatarum l. 74 § 1. D. de evict. 21, 2.

> Si jussu judicis rei judicatae pignus captum per officium distrahatur, post evincatur, ex emto contra eum qui pretio liberatus est, non quanti interest sed de pretio duntaxat ejusque usuris habita ratione fructuum dabitur, scilicet si hos ei, qui evicit, restituere non habebat necesse.

Hermogenian giebt dem Käufer, wenn er ein pignus ex causa judicati captum [12]) erſtand und dies evincirt wurde, gegen den befreiten Schuldner eine actio ex emto utilis. Ob er die gleiche Klage auch dem Käufer eines andern Pfands gegen den Verpfänder nach der Eviction zugeſtanden hätte, mag dahin geſtellt bleiben.

Manchem mag eine actio emti gegen den Verpfänder natürlicher ſcheinen, als eine actio negotiorum gestorum. Aber im Grund hat die Klage, wie man ſie auch benennen mag, nicht den Charakter einer Kaufklage. Denn ihr Fundament iſt nicht der Kaufcontract, ſondern die Zahlung des Kaufpreiſes und die hierdurch bewirkte Bereicherung, insbeſondere die Befreiung des Schuldners, ihr Umfang richtet ſich nach

---

11) arg. l. 49 D. de neg. gest. 3, 5. l. 23 D. de R. C. 12, 1. l. 30 pr. D. de a. e. 19, 1. Wächter Er. H. 2 S. 100. Ihering Abh. S. 78. Chambon neg. gest. S. 38. Witte Bereicherungsklagen S. 328. Vangerow III. § 628. Savigny Syſtem Bd. 5 S. 523.

12) cfr. l. 13 C. de evict. 8, 45.

Digitized by Google

dem Maaß dieſer Bereicherung. Und beſonders wird die Sache deutlich, wenn der Verpfänder eine vom Schuldner verſchiedene Perſon iſt. Denn auch hier geht die Klage des Käufers natürlich zunächſt nicht gegen den Verpfänder, ſondern gegen den befreiten Schuldner. — Sollen wir daher unter den verſchiedenen Meinungen der römiſchen Juriſten wählen und ein abſchließendes Urtheil fällen, ſo ſcheint uns die Anſicht von Tryphonin die richtigſte und am tiefſten begründete, wonach dem Käufer gegen den befreiten Schuldner eine der actio negotiorum gestorum verwandte Klage auf die Bereicherung zuſteht [13]). — Wir können nicht ſchließen, ohne auf einige wichtige Conſequenzen des Ausgeführten näher einzugehen:

a) Der Pfandkäufer kann vom Schuldner keineswegs Erſatz ſeines vollen Intereſſes verlangen.

Dies ſpricht Hermogenian für die von ihm bewilligte actio ex emto ausdrücklich aus; es wurde geklagt non quanti interest, sed de pretio duntaxat ejusque usuris. Tryphonin giebt das Gleiche für ſeine actio utilis zu verſtehen, indem er als deren beſtimmenden Grund anführt: „ne ex aliena jactura sibi lucrum adquirat.“ Ob aber nicht die actio pigneratitia contraria, welche nach Ulpian der Pfandgläubiger dem evincirten Käufer abtreten muß, weiter geht und deſſen geſammtes Intereſſe verfolgt, kann zweifelhaft ſcheinen. Nicht wenige ſehen gerade hierin einen eigenthümlichen Vorzug der cedirten Klage, die ebendeßhalb für den Käufer ihren beſondern Werth noch neben den directen Klagen hätte [14]).

Es iſt richtig, die actio pigneratitia contraria verfolgte in der Hand des Pfandgläubigers deſſen volles Intereſſe, dieſes beſteht aber in Stellung eines andern Pfandes oder ſofortiger Rückzahlung der Schuld. Soll nun die Klage, wenn ſie cedirt wird, das ganz hiervon verſchiedene, weit hierüber hinausgehende Intereſſe des Käufers einfordern, alſo in der Hand des Ceſſionars wachſen, einen andern viel weiteren Inhalt annehmen; dies ſcheint uns unglaublich. Dieſe cedirte Klage iſt gewiß nur im Stande, dem evincirten Käufer den Betrag der

13) Iſt die hyperocha an etwaige Nachhypothekarien ausgezahlt worden, ſo ſind gleichfalls nicht ſie, qui suum receperunt, ſondern es iſt der von ſeiner Schuld entlaſtete Schuldner zu belangen.

14) Sintenis Pfandr. S. 525. Puchta Vorleſ. § 205. Bachofen l. c. Vangerow § 380 II. 4.

Digitized by Google

Schuld des Verpfänders zu verschaffen, die er durch den Kaufpreis getilgt hat.

Da erhebt sich aber noch ein neues Bedenken. Findet ein Pfand keinen Käufer und wird dem Gläubiger durch Rescript des Regenten zugeschlagen, später aber von einem Dritten evincirt, so soll dem Gläubiger eine actio utilis ex emto zustehen und mit dieser soll er gegen den Verpfänder, wie wenn die Sache in solutum gegeben wäre, verlangen können, daß entweder seine Forderung getilgt oder das volle Interesse, das er beim Erwerb hatte, geleistet werde. —

> l. 24 D. de pignerat. act. 13, 7 lib. 30 ad edictum.
> Eleganter apud me quaesitum est, si impetrasset creditor a Caessare, ut pignus possideret, idque evictum esset, an habeat contrariam pigneratitiam? Et videtur finita esse pignoris obligatio et a contractis recessum. Imo utilis ex empto accommodata est, quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfiat, vel in quantum ejus intersit et compensationem habere potest creditor, si forte pigneratitia vel ex alia causa cum eo agetur. —

Nun scheint es, wenn der Gläubiger, der sich die Sache zuschlagen ließ, das volle Interesse fordern kann, so müsse ein dritter Käufer um so mehr das gleiche Recht haben[15]). Allein es existirt doch ein wesentlicher Unterschied — und dies dient dann wieder zur Aufklärung des ganzen Verhältnisses. Der Gläubiger, der sich die Pfandsache zuschlagen läßt, muß dieselbe nach ihrem Schätzungswerth annehmen, also zu dem Preis, den auch ein dritter Käufer dem Eigenthümer bieten würde. Daher erscheint es entsprechend, daß er im Fall der Eviction, wie ein gewöhnlicher Käufer, Ansprüche aufs Interesse hat, man stellte seinen Erwerb einer datio in solutum durch den Verpfänder zu diesem Zweck gleich. Der Pfandkäufer verzichtet dem Gläubiger gegenüber auf Garantie für Eviction; er macht ein gewagtes Geschäft, was auch auf die Bestimmung des Kaufpreises Einfluß hat und ihn regelmäßig veranlassen wird, nur Mäßiges zu bieten. Wenn nun trotzdem der Schuldner im Fall der Eviction die Bereicherung erstatten

15) Bereits die Glosse bemerkt den Widerspruch ohne eine zulängliche Lösung zu geben.

Digitized by Google

muß, so wäre doch eine Verhaftung für das volle Interesse des Käufers nicht einmal billig gewesen.

b) Von unserm Anspruch, der bloß aushülfsweise gegeben wird, ist nur die Rede, wenn der verkaufende Pfandgläubiger selbst keine Garantie für Eviction leistet. Geschieht das Letztere, so hält sich der Käufer einzig an seinen Verkäufer. Aber freilich ist wohl zu bemerken, daß der Gläubiger — unter der Voraussetzung, daß das Versprechen für Eviction einzustehen im Interesse des Verpfänders lag und dadurch ein besserer Verkauf erzielt wurde — mit der actio pigneratitia contraria seinen Regreß wegen des in Folge dieses Versprechens Ausgelegten gegenüber dem Verpfänder nehmen kann [16]), so daß hier allerdings indirect die volle Haftung für das Interesse auf diesen fällt.

c) Der Pfandkäufer hat nur dann ein Recht gegen den Schuldner, wenn er den Kaufpreis bezahlt hat und die Eviction bereits erfolgt ist. Wenn die Eviction erst droht, ja wenn er bereits erstinstanzlich verurtheilt ist, hat er keine Ansprüche, nicht einmal auf Cautionsleistung, denn er hat keinen Kaufvertrag mit dem Verpfänder geschlossen, aus dem er Ansprüche auf Sicherstellung ableiten konnte.

d) Kann der evincirte Pfandkäufer auch gegen den befreiten Bürgen des Schuldners klagen? Auf den ersten Blick scheint dies zu bejahen, da ja auch dem Bürgen durch den aufgewendeten Kaufpreis ein Vortheil zufloß. Dennoch ist die Verneinung wohl unzweifelhaft. Denn von der Bereicherung des Bürgen, der selbst eine fremde Schuld übernahm, kann, wenn wir das Verhältniß in seiner Totalität betrachten, keine Rede sein. Unsere Klage, die auf den Principien einer freien Billigkeit ruht, ist daher gegen den Bürgen des Schuldners nicht zulässig.

§ 110. 4) Tradition an den Pfandkäufer.

Der Act des Verkaufs erzeugt natürlich nur persönliche Rechte und Pflichten. Eigenthümer wird der Pfandkäufer erst durch die Tradition [1]). Zu solchem Eigenthumserwerb ist vorausgesetzt:

---

16) l. 22 § ult. D. de pign. a. 13, 7. l. 8 § 1 D. eod. Das Versprechen des Gläubigers, für Eviction einzustehen, muß im Zweifel als diligente Besorgung des Verkaufs angesehen werden und dem Verpfänder liegt der Beweis von dolus und culpa ob.

1) l. 13 C. de distr. pign. 8, 28. Qui praedium obligatum a creditore comparavit, si in vacuam possessionem inductus non est, nullam in rem actionem habet.

Digitized by Google

1) Verkauf des Pfandobjects. Wer aber dem Creditor die Schuldsumme zahlt und sich hiefür die Pfänder einhändigen läßt, ohne daß es zu einem förmlichen Verkauf kommt, erwirbt durch die Uebergabe ein Retentionsrecht bis zum Ersatz seiner Regreßansprüche, kein Eigenthum [2]). —

2) Das Pfandrecht des Gläubigers muß noch im Moment der Tradition fortbestehen. Dies wird zwar nirgends speciell ausgesprochen, doch ergiebt es sich hinreichend aus den allgemeinen Principien des römischen Rechts, daß die Tradition nur dann Eigenthum verschafft, wenn der Uebertragende im Moment der Vornahme noch die Macht zur Uebertragung hat [3]).

Nimmt also der Gläubiger noch vor der Tradition Zahlung von Seiten des Schuldners an, so ist er nicht mehr im Stande, dem Käufer zu tradiren. Besonders deutlich tritt dies hervor, wenn der Pfandgläubiger Nichtbesitzer war. Hier fehlt ihm nach Verlust des Pfandrechts und der an dies geknüpften actio hypothecaria auch jedes äußere Mittel, um den Käufer in den Besitz zu weisen.

Bedenken erregt der Fall, wenn der Verkäufer bei Abschluß des Pfandverkaufs erster Hypothekar war, wenn aber in der Zwischenzeit bis zur Tradition neue Pfandrechte durch Vertrag oder Gesetz entstanden, welche vor ihm privilegirt sind [4]). Genau genommen, müßte man sagen, daß die Macht des Pfandgläubigers den Vertrag zu vollziehen, hier nachträglich zusammengefallen sei. Billiger freilich ist anzunehmen, daß es nicht in der Absicht des Gesetzes, welches das Privilegium ertheilt hat, gelegen habe, dasselbe soweit auszudehnen, um die Consequenzen eines vom bisherigen ersten Pfandgläubiger legal durchgeführten Acts zu hindern, durch welchen bereits gegenseitige Verbindlichkeiten zwischen Gläubiger und Käufer begründet sind [5]).

3) Es ist nach der allgemeinen Theorie der Tradition nicht nothwendig, daß der Gläubiger dem Käufer den Besitz unmittelbar von Hand zu Hand übergiebt; es genügt, wenn dieser sich mit dessen Zu-

---

2) l. 21 C. de pignoribus 8, 14. Res obligatas externs — debito soluto — liberando: datum petere, non earum dominium adipisci potest l. 25 C. de r. v. 3, 32.

3) Platner Archiv f. c. Pr. Bd. 32 S. 111 u. flgnde.

4) Platner l. c. S. 116.

5) cfr. l. 5 § 7 D. de rebus eorum 27, 9 si parens fundum vendidit . . potest dici pupillum caetera venditionis inconsulto praetore posse perficere.

Digitized by Google

ſtimmung, etwa in Folge der Durchführung der actio hypothecaria, den Beſitz verſchafft [6]). Vorausgeſetzt iſt aber ohne Zweifel auch hier, wie beim Verkauf durch den Eigenthümer, daß der Kaufpreis entweder bezahlt oder creditirt ſei. Ehe dies geſchehen, gilt nach allgemeiner Rechtsregel der Eigenthumsübergang noch als ſuſpendirt [7]).

4) Natürlich iſt auch gefordert, daß der Verpfänder ſeinerzeit im Moment der Verpfändung Eigenthümer war, ſo daß er dem Gläubiger ein vollgültiges, vollwirkſames Pfandrecht übertrug. Aber gleichgültig iſt, ob er noch jetzt Eigenthümer iſt, ob er dem Verkauf zuſtimmt oder ſich ihm widerſetzt. Hatte der Verpfänder nur ein emphyteutiſches oder auch ein Lehenrecht, ſo erhält der Pfandkäufer nur ein Recht gleicher Art. Die bei Veräußerungen ſolcher Gerechtſame an die Gutsherrſchaft zu machenden Anzeigen ſind auch hier zu machen und die gewöhnlichen Leiſtungen der Käufer, Handlehn und dergleichen, auch hier zu entrichten [8]). War der Verkäufer zum Verkauf nicht berechtigt, der Käufer des Pfands aber bona fide, ſo erhält er natürlich — falls nicht in der Veräußerung geradezu ein furtum lag — Uſucapionsrecht [9]). Hatte bereits der Verpfänder Uſucapionsrecht, ſo kann ſich der Käufer die Zeit zurechnen, in welcher der Verpfänder durch eignen Beſitz oder den Beſitz des Pfandgläubigers ſeine Erſitzung fortſetzte [10]), wenn nicht Dritte vor der Tradition im Beſitz der Pfandſache waren, ſo daß der Zuſammenhang unterbrochen wurde.

Unterſuchen wir noch Umfang und Qualität der Eigenthumsrechte des Pfandkäufers.

Es wirft ſich vor Allem die Frage auf, wurde der Pfandkäufer in claſſiſcher Zeit quiritariſcher oder bloß bonitariſcher Eigenthümer? Allerdings ſcheint die Weiſe, wie Gajus vom Veräußerungsrecht des Pfand-

---

6) Kann der Gläubiger ſich tradiren wenn er Rechtsnachfolger des Käufers iſt, etwa deſſen Erbe? Es iſt dies wohl zu bejahen. Die Tradition iſt ja nur die Vollendung des gültig abgeſchloſſenen Kaufs.

7) § 41 J. de rer. divis. 2, 1 u. a. a. O.

8) Vgl. oben Bd. I. S. 211 not. 9 u. dort Cit.

9) l. 2 C. si vendito pignore 8, 30.

10) l. 14 § 5 D. de divers. praescr. 44, 3. Scaevola libro sing. quaest. publice tractat. Item si mihi pignori dederis et convenerit, nisi pecuniam solvisses licere ex pacto pignus vendere, idque vendiderim, emptori accessio tui temporis dari debebit licet invito te pignora distracta sint: jam enim illo in tempore, quo contrahebas, videri concessisse venditionem si pecuniam non intuleris.

Digitized by Google

gläubigers spricht, jeden Zweifel an dem quiritarischen Eigenthum des Pfandkäufers niederzuschlagen; er stellt den Pfandgläubiger in eine Linie mit dem curator furiosi, welcher nach den zwölf Tafeln das Veräußerungsrecht habe, mit dem Procurator des Eigenthümers, er gesteht allen diesen Personen das Veräußerungsrecht gleichmäßig zu; zudem ist in einigen Stellen geradezu die Rede davon, daß der Pfandgläubiger „dominium transfert", daß der Käufer incipit dominium rei habere" [11]).

Gleichwohl sind wir der Ansicht, daß wenigstens an res mancipi dem Pfandkäufer durch den Gläubiger nichts anderes als bonitarisches Eigenthum übertragen werden konnte. In der That ist auch das bonitarische Recht nach dem Sprachgebrauch der classischen Juristen dominium [12]), es liegt auch in der Verleihung dieses schwächern Rechts eine alienatio. Dem Pfandgläubiger stand nämlich die mancipatio und die in jure cessio gewiß nicht zu Gebote. Diese Rechtsacte mußten, um gültig zu sein, zwischen dem Eigenthümer der Sache und dem Erwerber vorgenommen werden [13]). Fraglich kann selbst sein, ob der curator furiosi zu ihrer Vollziehung befugt war, wenn wir lesen, daß er nicht einmal berechtigt war zu acceptoferiren [14]). Keinenfalls konnte ein einfacher Procurator mancipiren oder in jure cediren. Zulassung von Stellvertretung widerspräche dem Geist des alten Rechts und der Formalnatur jener Verträge. Nur hieraus erklärt sich, warum bei Uebertragungen durch einen Mandatar dem Erwerber gegen den Mandanten eine exc. rei venditae et trad. nothwendig war [15]). Noch weniger war der Pfandgläubiger zur Mancipation berechtigt, da er nicht einmal als Stellvertreter des Verpfänders gelten konnte und sein prätorisches Recht vom Civilrecht nicht respectirt wurde. Demgemäß blieb ihm nichts als die Tradition offen, welche den Erwerber nur zum bonitarischen Eigenthümer machen konnte.

Hiervon finden sich auch nicht uninteressante Spuren. In der l. 39 § 1 D. de R. V. 6, 1 führt Ulpian eine Entscheidung Julians des Inhalts an „mulierem, quae intercedens fundum pignori

11) Gaj. II. § 64. l. 4 D. de p. a. 13, 7. l. 10 § 1 D. q. m. p. s. 20, 6. l. 46 D. de a. r. d. 41, 1.

12) Gaj. I. § 54. Mayer Ztschrft. f. gesch. Rechtsw. Bd. 8 S. 10.

13) cfr. l. 123 D. 50, 17 auch l. 77 D. eod.

14) l. 13 § 10 D. de acceptil. 46, 4.

15) l. 1 § 2 D. de exc. rei vend. 21, 2.

Digitized by Google

dedit, quamvis a creditore distractum, posse in rem actione petere." Das Senatusconsultum Vellejanum macht Intercessionen der Frauen anfechtbar, wohin auch die Pfandbestellung für fremde Schulden gehört, ohne sie jedoch mit ihren Folgen für nichtig zu erklären. An und für sich ist daher auch der Verkauf des Pfandes, welches eine Frau intercedirend stellte, gültig, sie verliert hiedurch ihr Eigenthum und kann nur in Folge des Senatusconsultes Wiederherstellung desselben fordern. Wenn nun Ulpian gleichwohl von der Unterstellung ausgeht, daß der intercedirenden Frau eine actio in rem nach dem Verkauf zustehe, ohne einer prätorischen Vermittlung zu gedenken, so erklärt sich dies vollständig nur daraus, weil ihr quiritarisches Recht ohnedem vom Pfandverkauf unberührt blieb. Ihrer vindicatio stand nur die exceptio rei venditae et traditae entgegen, welcher hier die replicatio S. C. Vellejani die Kraft benahm [16]).

Sehr bemerkenswerth ist auch die Darstellungsweise der l. 18 C. de distr. pign. 8, 28. Diocletianus et Maximinianus Gajano. Qui a creditore pignori obligatum [17]) jure emit, de proprietate vinci non potest.

Offenbar ist hier an den Streit eines quiritarischen und bonitarischen Eigenthümers gedacht, bei welchem der erste freilich unterliegen mußte.

Anders stellte sich das Verhältniß bei den res nec mancipi. Auch hier mochte man ursprünglich zweifeln, ob die Traditon durch den Pfandgläubiger volles Eigenthum geben könne. Aber bei dieser Uebertragungsart, die dem jus gentium angehörte, erhielten doch die Gesichtspunkte des prätorischen Rechts leichter Geltung und Eingang. Auch der Stellvertreter übertrug an den res nec mancipi durch Tradition Eigenthum. Nachdem man sich ursprünglich damit abgefunden hatte, daß der Pfandgläubiger im Auftrag des Eigenthümers tradire und umdeßwillen Eigenthum übertrage, nahm man später vollen Eigenthumsübergang an, als man zur Erkenntniß gelangte, daß die Berechtigung hierzu auf dem eigenthümlichen dinglichen Rechte des Pfandgläubigers beruhe. Natürlich ist im justinianeischen Rechte mit dem Wegfall der Duplicität

16) cfr. l. 32 § 1 D. ad S. C. Vellej. 16, 1 wo nicht geradezu vom fundus die Rede ist. l. 7 C. ad S. C. Vell. 4, 29.

17) Manche schieben hier geradezu praedium ein. cfr. Hermann ad h. l. im Kriegelschen Corpusjuris.

Digitized by Google

des Eigenthums der Pfandkäufer bei allen Objecten vollberechtigter Eigenthümer.

Der Käufer des Pfands erwirbt daſſelbe vom Moment der Tradition an. Rückwärts hin wird an den Eigenthumsverhältniſſen, wie ſie vom Augenblick des Abſchluſſes der Verpfändung bis zu dieſem Augenblick beſtanden, nichts geändert. Daher iſt es einleuchtend, daß alle Servituten und andere dingliche Gerechtſame, die der Pfandſache in der Zwiſchenzeit erworben wurden, auf den Pfandkäufer übergehen [18]), mag nun der Erwerb noch vom Verpfänder ſelbſt oder von deſſen Succeſſoren im Eigenthum geſchehen ſein.

Umgekehrt beſtehen an und für ſich auch die Laſten fort, welche die Zwiſcheneigenthümer aufgelegt haben. Aber der Pfandkäufer muß ſie nicht anerkennen, er kann ſich gegen ſie durch exceptiones ſchützen, wie ſie im Conflict mit den Rechten des verkaufenden Pfandgläubigers zurückſtehen mußten. Hingegen bleiben in ungeſchmälerter Wirkſamkeit ſolche Gerechtſame, deren Fortbeſtehen der verkaufende Pfandgläubiger ausdrücklich ausgemacht hatte. —

Servituten, die der Verkäufer an der Pfandſache hatte, gehen gleichfalls nicht ipso jure unter [19]). Doch muß er ſie — ſelbſt wenn ſie älter als der Pfandvertrag ſind — dem Käufer anzeigen, indem dieſer andernfalls Entſchädigung beanſpruchen oder ihnen ſelbſt mit einer exceptio doli entgegentreten kann.

B. Einfluß des Pfandverkaufs auf die vorher beſtehenden Rechtsverhältniſſe.

§ 111. 1) Schickſal der perſönlichen Forderung. Tilgung.

Die wichtigſte Folge des Pfandverkaufs und der Zweck dieſes Rechtsacts iſt Tilgung der verſicherten Forderung; wir haben zunächſt feſtzuſtellen, wie dieſe vor ſich geht. Außerdem iſt das Schickſal der auf der Pfandſache ruhenden Hypotheken und der Einfluß des Verkaufs auf die aus dem Pfandcontract entſpringenden gegenſeitigen Anſprüche zwiſchen Verpfänder und Pfandgläubiger zu erörtern.

Dem römiſchen Sinn lag die Annahme nicht ganz fern, daß der

18) cfr. l. 11 § 1 D. quemadmodum serv. 8, 6.
19) cfr. Bachofen S. 569 not. 6.

Digitized by Google

Gläubiger, indem er den Weg des Pfandverkaufs wählte, auf Betreibung der Forderung im Wege persönlicher Klage verzichte. Gegen eine solche Auffassung wendet sich Diocletian:

> l. 10 C. de oblig. et act. 4, 10. Adversus debitorem electis pignoribus personalis actio non tollitur, sed eo, quod de pretio servari potuit, in debitum computato, de residuo manet integra [1]).

Der Pfandverkauf ist Mittel zur Realisirung der Forderung, keineswegs Selbstzweck; andere Mittel, die zum gleichen Ziele führen, sind vernünftigerweise mit seiner Durchführung nicht verschmäht.

Auch ist die Forderung an den Verpfänder nicht etwa bis zu dem Betrag getilgt, welchen der Käufer dem Gläubiger als Kaufpreis *versprach*. Dieser nimmt die Forderung gegenüber dem Käufer nicht etwa zu ihrem Nominalwerth in solutum [2]). Er verkaufte in Folge Nothwendigkeit und ist nicht gehalten, einen ihn zufriedenstellenden Käufer zu wählen, vielmehr begnügt er sich mit einem solchen, der nach Gelegenheit der Umstände der beste ist.

> Paulus libro 3 quaestionum l. 9 D. de distr. pign. 20, 5. Quaesitum est, si creditor ab emptore pignoris pretium servare non potuerit, an debitor liberatus esset? Putavi si nulla culpa imputari creditori possit, manere debitorem obligatum, quia ex necessitate facta venditio non liberat debitorem, nisi pecunia percepta.

Die Tilgung der versicherten Forderung tritt daher ein:

a) Wenn der Käufer des Pfands die Kaufsumme dem Pfandgläubiger einzahlt. Genau genommen müßte selbst jetzt die versicherte Forderung ipso jure noch fortbestehen. Erst wenn der Creditor zur Aufrechnung des Erlöses auf eine Forderung schreitet, ist sie, wie durch Zahlung getilgt [3]).

Indessen nahm die Jurisprudenz doch die Aufrechnung, zu welcher

---

1) Ebenso Alexander l. 3 C. de distr. pignorum 8, 28. cfr. l. 28 D. de R. C. 12, 1. Bestehen entgegengesetzter Localgewohnheiten scheint mir wahrscheinlich.

2) Es steht natürlich anders, wenn der Käufer dem Gläubiger gegenüber anstatt des Kaufpreises die persönliche Schuld des Verpfänders durch Expromission bis zu bestimmtem Betrage übernahm.

3) l. 96 § 3 D. de solut. 46, 3 verbis: accepto facere debet.

Digitized by Google

der Creditor verpflichtet war, als unmittelbar mit Eincaſſirung der Kaufgelder, geſchehen an [4]). Nur dann gilt die Tilgung noch als ſuſpendirt, wenn der Creditor Grund hat, mit der Vornahme der Aufrechnung zu zögern, z. B. wenn er dem Käufer noch nicht tradirte, ſo daß für ihn ein gerechtfertigtes Intereſſe beſteht, das Pfandrecht und die verſicherte Forderung noch zu erhalten.

Die — nur ſcheinbar getilgte — Forderung lebt natürlich wieder auf, wenn der Creditor dem Käufer den eingenommenen Preis wieder reſtituiren muß; etwa wenn er auf Probe verkaufte und der Käufer redhibirt oder im Fall er für Eviction einzuſtehen verſprach und in Folge des Eintritts derſelben den Kaufpreis zurückzuerſtatten hat [5]). Auf dies Verhältniß bezieht ſich eine intereſſante Entſcheidung von Tryphoninus aus dem achten Buch ſeiner Disputationen. Der Juriſt hatte ohne Zweifel einen Fall behandelt, in welchem der Gläubiger beim Pfandverkauf dem Käufer des Pfands eine dupla verſprach und in Folge der Eviction das Doppelte des Kaufpreiſes zurückgeben mußte, ohne daß die Ausſtellung jenes Verſprechens im Intereſſe des Verpfänders gelegen hatte, indem es etwa erfolgte, nachdem der Kauf bereits perfect und der Kaufpreis beſtimmt war. Hier kann nun, wie dies Ulpian in der als l. 22 § 4 D. de pign. a. in die Compilation aufgenommenen Stelle ausführt und Tryphonin wohl gleichfalls ausſprach, der Gläubiger keinen Regreß gegen den Verpfänder nehmen. Tryphonin fährt daraufhin fort:

(l. 23 D. eod.)

nec enim amplius a debitore, quam debiti summa consequi poterit. Sed si stipulatio usurarum fuerat et post quinquennium forte quam pretium ex re obligata consecutus est victus eam emtori restituit etiam medii temporis usuras a debitore petere potest, quia nihil ei solutum esse, ut auferri non possit, palam factum est: sed si simplum praestitit doli exceptione repellendus erit ab usurarum petitione, quia habuit usum pecuniae pretii, quod ab emtore acceperat.

---

4) So erklären ſich die Ausſprüche der römiſchen Juriſten: l. 9 D. de distr. pign. liberat debitorem . . pecunia percepta l. 26 D. de solut. 46, 3. si creditor perceperit . . debitor liberabitur. cfr. l. 44 D. eod.

5) l. 12 § 1 D. de distr. pign. 20, 5. l. 59 § 4 D. mandati 17, 1.

Digitized by Google

Die Hauptschwierigkeit dieser vielfach angezweifelten Stelle liegt darin, daß eben Tryphonin offenbar von einem Fall ausgeht, in welchem die Leistung eines Versprechens für Eviction einzustehen, durch die Umstände nicht gerechtfertigt war. Warum soll aber hier der Gläubiger auf die ursprüngliche Schuld zurückgehen können? Aller Schaden, welchen er leidet, entspringt ja zuletzt aus seiner eignen Unvorsichtigkeit quod quis autem ex culpa sua damnum sentit, damnum sentire non videtur [6]).

Der Zweifel löst sich durch die Erwägung, daß dem Gläubiger nichts dauernd geleistet worden ist, daß die ursprüngliche Schuldklage also ipso jure fortdauert; eine exceptio doli wegen der Culpa des Gläubigers kann aber der Schuldner nicht entgegensetzen. Denn hätte der Gläubiger jenes Versprechen für Eviction einzustehen, nicht geleistet, so war der Schuldner jedenfalls doch dem evincirten Käufer des Pfands auf den Betrag des gezahlten Kaufpreises haftbar geworden; insoweit es sich nur um diesen handelt, ist er also durch das Versprechen der Rückgabe des Preises Seitens des Gläubigers nicht ládirt.

Im Uebrigen rechtfertigt sich die Entscheidung von selbst. War die pfandrechtlich versicherte Schuld verzinslich, so ist zu unterscheiden. Der Gläubiger hat in Folge seines Versprechens einfach im Fall der Eviction den eingenommenen Kaufpreis ohne Zinsen zu restituiren; hier muß er den Genuß des Kaufpreises, den er in der Zwischenzeit gehabt hat und der ihm verbleibt, sich auf die inzwischen fällig werdenden Zinsen der versicherten Forderung aufrechnen lassen. Oder er behält den Zinsertrag der Zwischenzeit nicht, hier hat die Aufrechnung keinen Boden. Ein Fall der letzteren Art ist, wenn der Gläubiger eine dupla restituiren muß; denn hier giebt er nicht bloß den Kaufpreis, sondern auch den Zins der Zwischenzeit in dem Doppelten zurück. Erfolgte indessen — was der Jurist nicht ins Auge faßt — die Restitution der dupla erst in einer Zeit, in welcher die Zinsen das alterum tantum überschreiten würden, so daß dem Gläubiger trotz der Restitution des Doppelten ein Nutzen aus dem Kaufpreis verbliebe, so hätte er diesen wieder auf die Zinsen aufzurechnen [7]).

b) Wirklicher Einnahme des Kaufpreises steht es gleich, wenn der

---

6) Thibaut Beiträge Bd. I. S. 93.

7) Andere Ansichten bei Thibaut l. c. Glück Pand. Bd. 14 S. 140. vgl. die dort. Cit.

Digitized by Google

Creditor über die aus dem Kaufvertrag ſtammende Forderung zu eignem Vortheil verfügt oder ſonſt nach Willkühr über ſie disponirt.

So wenn er mit ihr auf etwaige, eigne Schulden gegenüber dem Käufer compenſirt; wenn er den Käufer ſeinem Creditor delegirt. Selbſt eine einfache Novation ſteht der Zahlung gleich. Es nimmt der Creditor hiermit freiwillig das reine Verſprechen des Käufers als Tilgung der Kaufſchuld nach ihrem Nominalbetrag an. Pomponius libro 35 ad Sabinum. l. 26 D. de solut. 46, 3.

> Si creditor fundum pigneratitium vendiderit et quantum ei debebatur receperit: debitor liberabitur. Sed etsi acceptum emtori pretium tulisset creditor vel ab eo stipulatus esset, debitor nihilominus liberatur . . .

Auch dann muß ſich der Gläbiger Aufrechnung auf die verſicherte Schuld gefallen laſſen, wenn er dem Käufer die Zahlung des Kaufpreiſes ganz erließ. Hat er dagegen einen partiellen Erlaß bewilligt, ſo werden wir unterſcheiden. Handelte der Creditor aus Rückſicht für den Käufer, aus Humanität, Gefälligkeit, ſo kann ihm der Schuldner auch den erlaſſenen Betrag aufrechnen. Niemand ſoll auf fremde Koſten liberal ſein. War hingegen theilweiſer Nachlaß nach geſchäftsmäßigen Rückſichten geboten, hätte z. B. der Erbe des Käufers ohne Erlaß gewiſſer Procente deſſen überſchuldete Erbſchaft nicht angetreten, dann fiele der Ausfall dem Verpfänder zur Laſt, auf deſſen Gefahr die Forderung immer noch bis zu vollſtändiger Beitreibung ſtand.

c) Wie das wirklich Beigetriebene, wird endlich aufgerechnet Alles, was durch Schuld des Creditors am Kaufpreis verloren ging; ſei es, daß dieſer einfach die Beitreibung vernachläſſigte, ſei es, daß er dem Käufer nachträglich Termine einräumte, die er als guter Geſchäftsmann nicht hätte zugeſtehen ſollen. Der Creditor iſt ja bis zur völligen Erledigung der Verhältniſſe zu höchſter Sorgfalt verpflichtet und dem Verpfänder wegen deren Verſäumniß haftbar.

Hierbei iſt aber natürlich vorausgeſetzt, daß trotz des Verluſtes am Kaufſchilling der Pfandverkauf bei Kräften bleibt. Hätte aber der Creditor die Pfandſache noch nicht tradirt und weigerte dem inſolvent gewordenen Käufer in Folge der exceptio non adimpleti contractus die Tradition oder hätte er nicht creditirt oder unter dem pactum reservati dominii tradirt, ſo würde der Verpfänder, dem das Eigenthum ſeiner Sache verbliebe, dem Gläubiger den nicht betreibbaren Kaufpreis keineswegs in Anrechnung bringen können.

Digitized by Google

§ 112. Fortsetzung. Untergang des jus offerendi mit dem Verkauf.

Die versicherte Forderung wird nicht mit dem Verkauf des Pfands getilgt, sondern erst durch reelle Beitreibung und Aufrechnung des Kaufpreises. Daher erhebt sich die Frage, ob einerseits der Gläubiger trotz des Verkaufs noch ferner seine persönliche Forderung gegen seinen Schuldner geltend machen kann und ob andrerseits der Schuldner noch berechtigt ist, dem Gläubiger Zahlung seiner Schuld anzubieten und hiermit das Pfand auszulösen.

a) Das gesunde juristische Gefühl scheint uns zu lehren, daß der Pfandgläubiger die Schuldklage vom Moment an nicht mehr anstellen kann, sowie er durch Abschluß des Verkaufs die Absicht kund gab, sich zunächst aus dem Pfand zu erholen; es scheint selbstverständlich, daß sich der Schuldner hierauf excipiendo so lange berufen kann, bis feststeht, daß vom Käufer nichts zu erholen ist [1]).

Dennoch läßt sich dies aus den Principien des Pfandverkaufs nicht deduciren. Der Pfandverkauf ist ein Geschäft zwischen Gläubiger und Käufer, der Verpfänder erhält hierdurch keine Rechte; daher kann der Gläubiger mit jedem Augenblick wieder zurück treten, ohne daß der Verpfänder ein Recht der Einsprache hat. Dieser kann daher den Gläubiger nicht direct auf Beitreibung des Kaufpreises verweisen.

Das Verhältniß scheint uns vielmehr so zu liegen. Der Creditor kann eine persönliche Klage auf Bezahlung immer noch erheben. Der Schuldner aber kann seinerseits gegen Oblation des Schuldbetrags Rückgabe des Pfands in dem Zustand, in dem er es übergab, fordern. Demnach kann der Schuldner doch nicht verletzt werden. Denn es ergiebt sich nun die Alternative, entweder der Gläubiger giebt dem Verpfänder die Pfandsache in ihrer Integrität zurück, wobei es denn seine Sache ist, sich mit dem Pfandkäufer abzufinden; dies ist der dem Schuldner günstigste Ausgang. Oder der Gläubiger ist nicht im Stande, den Pfandverkauf rückgängig zu machen, hier ist er genöthigt, um der Rückforderung des Pfands auszuweichen, sich selbst auf den geschehenen Verkauf zu berufen und er kann zur Erhebung der Schuldsumme nicht gelangen.

---

1) So Platner l. c. Archiv Bd. 32 S. 111.

Digitized by Google

b) Umgekehrt entsteht die Frage, ob der Schuldner dem Gläubiger noch nach dem Verkauf wider dessen Willen Zahlung offeriren und so die versicherte Schuld tilgen kann?

Die Verneinung gäbe das auffallende Resultat, daß ein Schuldner nicht berechtigt wäre, eine Schuld zu zahlen, zu deren Erfüllung er stets genöthigt werden könnte! Die Bejahung aber wäre für den Gläubiger höchst bedenklich, wenigstens dann, wenn er dem Käufer das Pfandobject noch nicht tradirt hätte. Müßte er noch jetzt Zahlung annehmen, dann würde sein Pfandrecht zusammenfallen und er könnte den Käufer nicht mehr zum Eigenthümer machen.

Auch diese Schwierigkeit ist nur scheinbar und löst sich ohne Willkühr aus der Natur des pfandrechtlichen Verhältnisses. Damit ein Zahlungsangebot genügend sei, ist es nothwendig, daß dem Pfandgläubiger nicht nur Leistung der ursprünglichen Schuldsumme angeboten werde, sondern auch Schadloshaltung für alle Kosten, die er gerechter Weise bei Beitreibung der Forderung machte, sowie daß er von allen Verbindlichkeiten befreit werde, die er zur Erreichung dieses Zwecks übernahm. Ist daher der Gläubiger bereits zum Pfandverkauf geschritten, dann kann er vom Schuldner, der Zahlung anbietet, fordern, daß auch die gegen den Käufer des Pfands übernommene Verpflichtung in Berücksichtigung komme. Geschieht dies, einigt sich der Schuldner mit dem Käufer über dessen Rücktritt, so hat der Creditor kein Interesse und kein Recht, die angebotene Zahlung zurückzuweisen. Kann dies der Schuldner nicht, so ist der Gläubiger zur Annahme des bloßen Schuldbetrags nicht verpflichtet.

Das praktische Resultat ist: vom Moment des Abschlusses des Verkaufs an hat der Schuldner das Auslösungsrecht — in bisheriger Weise — nicht mehr. In diesem Sinn sprechen sich auch die Römer über das Verhältniß aus:[2])

> Gordianus A. Maximo l. 8 C. de distract. pign. 8, 28.....
> Quodsi priusquam offerres legem venditionis exercuit, quod jure subsistit, revocari non debet.
> Diocletianus et Maximinianus l. 2 C. si antiquior 8, 20.
> Obligata pignoris jure creditore recte distrahente, post

2) cfr. auch l. 7 § 1 D. de distr. pign. 20, 5. l. 4 C. de rebus alienis 4, 51. l. 1 C. si propter publ. pensit. 4, 46.

Digitized by Google

debitor emtori pretium offerens vel creditori quod debuit, evincere non potest.

Natürlich folgt hieraus: sowie dem Schuldner nach dem Verkauf nicht mehr Zahlung des ursprünglichen Schuldbetrags gestattet ist, so kann er sich auch anderer Tilgungsmittel nicht weiter bedienen, welche ohne Zustimmung des Gläubigers zur Anwendung kommen. Er kann insbesondere die Pfandschuld nicht mehr ohne Zustimmung des Pfandgläubigers zur Compensation benutzen.

§ 113. Fortsetzung. Imputation des Kaufpreises.

Wie ist der Kaufpreis aufzurechnen, wenn er nicht hinreicht zur Tilgung der ganzen auf dem Pfand stehenden Forderung oder der mehreren Forderungen desselben Gläubigers, die durch dasselbe versichert waren[1]? Die Interessen des Pfandgläubigers und des Verpfänders können hierbei collidiren. Denken wir, einzelne Raten der durch das verkaufte Pfand versicherten Forderung waren noch durch Bürgen oder andere Pfänder geschützt, andere Raten entbehrten solcher weiteren Schutzmittel, oder nur der eine Theil der Forderung war klagbar, der andere klaglos. Der Creditor wird wünschen, auf die Rate abzurechnen, die am ungedecktesten ist, der Debitor, die Chirographargläubiger werden ihm dies zu wehren suchen.

Zwei Hauptregeln gelten über die Imputation des Kaufpreises. Zunächst ist die Willensmeinung der Partheien zu beachten; ist hierdurch nichts festgestellt, so liegt die Bestimmung in der Hand des Gläubigers.

1) Der Verpfänder kann sofort bei Bestellung des Pfands vorschreiben, welcher Theil der Forderung zunächst in Abrechnung fallen soll; auch nach Constituirung des Pfandrechts kann durch Vertrag eine bindende Abrede hierüber getroffen werden, da hierdurch der Pfandgläubiger nur auf Ausübung des ihm zustehenden Wahlrechts verzichtet.

Nur in einer entfernten Beziehung mit diesen Sätzen steht folgende Entscheidung Papinians:

l. 96 § 3 D. de solutionibus 46, 3. Quum eodem tempore pignora duobus contractibus obligantur, pretium

1) Ueber Imputation des Pfanderlöses Bachofen I. S. 601 ff. Averanius interpretationes V. cap. 32.

Digitized by Google

eorum pro modo pecuniae cujusque contractus creditor accepto facere debet, nec in arbitrio ejus electio erit, quum debitor pretium pignoris consortione subjecerit. Quodsi temporibus discretis superfluum pignorum obligari placuit, prius debitum pretio pignorum jure solvetur, secundum superfluo compensabitur.

Wenn gleichzeitig dieselbe Sache für mehrere Contracte verpfändet wird, so muß der Creditor auf beide verhältnißmäßig abrechnen. Der Grund liegt, wie uns scheint, darin, daß die Pfandhaftung für jede Forderung sich in solchem Fall im Zweifel nach dem Willen der Partheien nur auf einen entsprechenden ideellen Theil der Sache erstreckte. So verhält es sich zweifelsohne, wenn mehrere Gläubiger für ihre Forderungen sich dieselbe Sache verpfänden lassen[2]), was aber hier gilt, muß auch in unserem Fall zur Anwendung kommen, da es ja die Forderungen, nicht zunächst die Personen der Gläubiger sind, zu deren Gunsten die Pfandhaftung besteht[3]).

Sehr zweifelhaft ist hierbei die Frage, ob für die Theilung die Proportion der Schuldsummen, wie sie im Moment der Verpfändung war oder wie sie im Augenblick des Pfandverkaufs ist, entscheidet. Wir halten für die Regel das Letztere für das Richtige, da diese Intention den Partheien bei Abschluß des Pfandcontracts zunächst liegt[4]). Nur wenn die Größe der Forderungssummen von Anfang an völlig unbestimmt und unüberschaubar war — es war etwa für eine künftige Societätsschuld ein Pfand bestellt, muß als Absicht angesehen werden, die Sache nach der Proportion für die verschiedenen Forderungen zu verpfänden, die sich künftig im Moment des Verkaufs herausstellen wird.

Nicht unbedenklich erscheint, daß Papinian fortfährt, wenn die Verpfändung für mehrere Contracte zu *verschiedenen Zeiten* geschähe, erfolge die Aufrechnung zunächst auf den ältern Contract und erst mit dem Ueberschuß auf den zweiten. Es ergreifen jene successiv bestellten

2) l. 10 l. 16 § 8 D. de pignoribus 20, 1.

3) vgl. oben Bd. I. S. 516.

4) Allerdings ist dies nicht immer dem Gläubiger vortheilhaft. Die Forderung I betrug 10,000, die Forderung II 5000, die erste ist bis auf 2000 abgezahlt, die zweite ist unverändert, das für beide verpfändete Object wird für 6000 verkauft. Hier kommen auf die Rate der Forderung I $^2/_3$ = 4000, auf die der Forderung II $^1/_3$ = 2000, bei der ersten bleibt eine hyperocha zu Gunsten eines etwaigen Nachhypothekars, bei der zweiten bleibt ein Deficit. Die Partheien, die dies vermeiden wollen, müssen eben eine solidarische Verhaftung bestimmen.

Digitized by Google

Pfandrechte die Sache beide in solidum und es kann der Creditor auf sein Pfandrecht für die erste Forderung in jedem Augenblick verzichten, oder die Priorität für dasselbe aufgeben, ohne daß dem Schuldner hieraus ein Widerspruchsrecht erwächst. Warum also soll er auf dieselbe aufrechnen müssen?

In der That spricht hier Papinian nicht von einer Pflicht des Creditors, sondern von dem Recht, möglicherweise die ganze ältere Forderung zu tilgen [5]). Wenn — können wir seinen Ausspruch zusammenfassen — das Pfand gleichzeitig für beide Contracte verpfändet ist, so muß der Creditor verhältnißmäßig aufrechnen; geschah die Verpfändung successiv, so hat er die Befugniß, Alles auf die erste Schuld zu imputiren (prius debitum — jure solvetur).

2) Wie aber gestaltet sich die Imputation, wenn nichts contractmäßig festgestellt ist? Hier bildete sich ein entschiedener Gegensatz heraus zwischen Zahlung und Anrechnung des Pfanderlöses [6]). — Bei einer gewöhnlichen Zahlung, welche der Debitor mehrerer Schuldposten vornimmt, entscheidet dessen wirklicher oder präsumtiver Wille: von ihm geht der Act aus und erhält seine Richtung [7]). Es kann aber sein:

a) Der Debitor erklärt, was er tilgen will. Diese Erklärung ist bindend. Nur muß sich der Creditor gegen seinen Willen nicht Stückzahlung eines einzelnen Postens gefallen lassen.

b) Der Debitor giebt keine Erklärung über die Imputation, der Gläubiger aber holt dies sofort beim Zahlungsact nach. Hier ist diese Erklärung durchaus maßgebend, es sei denn, daß der Debitor unmittelbar widerspricht. Schweigt er, so hat er offenbar seinen Willen dem des Creditors accommodirt, er macht dessen Erklärung zur eignen. Dieser Fall liegt auch vor, wenn der Creditor in der Quittung eine bestimmte Schuld bezeichnet und der Schuldner sie — lesenskundig — annimmt.

c) Fehlt jede Erklärung im Augenblick der Zahlung selbst, dann muß der Creditor gleich einem negotiorum gestor des Schuldners den mangelhaften Act in dessen Sinn und Geist ergänzen und bei der Im-

---

5) a. Anf. Bangerow Pandecten Bd. III. § 589 II.

6) cfr. Bangerow III. § 589 und dort Citirte.

7) l. 1 C. de solut. 8, 43. l. 97 D. eod. 46, 3. utriusque demonstratione cessante. l. 1 D. eod. scheint zu widersprechen; es ist aber dummodo sic constituamus ut in re sua constitueret als ungeschicktes Glossem zu streichen.

Digitized by Google

putation dessen Interesse zur Richtschnur machen [8]). Daher ist zunächst auf klagbare, fällige, unbestrittene Schulden anzurechnen, klagbare Zinsen sind vor dem Capital zu berichtigen, famose, mit Poenalclauseln versehene, durch Pfand oder Hypotheken oder Bürgen versicherte vor Andern abzutragen. Hierbei ist aber stets im Auge zu behalten, daß des Schuldners Interesse die Quelle aller dieser Regeln ist und daß von diesem Gesichtspunkt aus unter Umständen auch Abweichung von denselben geboten sein kann [9]).

Die römische Jurisprudenz mußte sich fragen, ob dieselben Regeln auch beim Pfandverkauf zur Anwendung zu bringen seien, ob auch der Pfandgläubiger bei Anrechnung des Kaufpreises wie ein Geschäftsführer des Schuldners zu verfahren habe. Die Meinung der vorclassischen Juristen neigte sich zur Bejahung, führte man doch damals noch vielfach die Befugniß zum Pfandverkauf auf einen Auftrag des Schuldners zurück. Die gereiftere Jurisprudenz konnte diese Auffassung nicht theilen, sie verwarf die Annahme, daß der Pfandgläubiger beim Verkauf Vertreter des Schuldners sei und sah den Pfandverkauf mehr und mehr an als einen integrirenden Bestandtheil des selbstständigen dinglichen Rechts des Gläubigers. Die Imputation mußte daher consequent von seinem Ermessen abhängig gemacht werden; so daß er auf die ihm günstigste, auf die dem Schuldner nachtheiligste Weise imputiren konnte. Eine Andeutung dieser Entwicklung giebt Marcellus libro 31 Digestorum l. 73 D. de solut. 46, 3.

> Ob triginta nummos pecuniae creditae, fidejussorem in viginti dedi, et pignus [10]); ex venditione autem pignoris creditor decem consecutus est: utrum ex universitate id

---

8) Dies Princip spricht Paulus aus l. 97 D. de solut. 46, 3 quod veteres ideo definierunt, quod verisimile videretur diligentem debitorem admonitu its negotium suum gesturum fuisse.

9) Z. B. wenn eine Wechselschuld in wenig Tagen fällig ist und ich überschicke dem Creditor, dem ich zugleich ein bereits fälliges Darlehn schulde, eine Summe ohne Bezeichnung, so wird dieser sie auf die Wechselschuld aufrechnen müssen, obgleich in der Regel die fälligen Schulden zunächst als getilgt anzusehen. Denn es liegt vor Allem in meinem Interesse, daß die Wechselschuld, welche Schuldhaft nach sich zieht, getilgt werde. Pothier traité des oblig. part. III. chap. I art. 7.

10) Die Worte in decem, welche die Handschriften noch zufügen, enthalten ein falsches Glossem. Nur wenn das Pfand schlechthin für die Schuld gestellt war, konnte ein Zweifel entstehen. Der Zusatz findet sich nicht in den Basil. XXVI. 5, 73.

Digitized by Google

decedit (ut quidam putant) si in solvendis decem nihil debitor dixisset, an sicut ego puto in totis decem fidejussori contingit liberatio? quia hoc dicendo potuit hoc efficere debitor, ut ubi non dixit, id potius soluturum existimetur, quod satis dato debeatur? Magis tamen existimo licuisse creditori in id, quod solus debebat reus accepto referre.

Marcellus behandelt die Aufrechnung des Pfanderlöses zunächst so, als seien die Grundsätze, welche sich bei Imputation einer Zahlung durch den Schuldner entwickelten, maßgebend. Diese Grundsätze untersucht er und stellt er fest. Plötzlich aber springt er ab; die Imputation des Pfanderlöses folgt ihren eignen Regeln. Noch bestimmter spricht dies aus Paulus lib. 15 responsorum [11])

l. 101 § 1 D. de solut. 46, 3. Paulus respondit, aliam causam esse debitoris solventis, aliam creditoris pignus distrahentis. Nam cum debitor solvit pecuniam in potestate ejus esse commemorare in quam causam solveret, cum autem creditor pignus distraheret, licere ei pretium in acceptum referre etiam in eam quantitatem, quae natura tantum debebatur: et ideo deducto eo debitum peti posse.

Der Creditor kann also zunächst auf unverzinsliche Schuldposten vor verzinslichen, auf nicht klagbare vor klagbaren, auf nicht versicherte vor durch anderweite Pfandrechte, Bürgschaften, Privilegien gedeckte Posten abrechnen. Ja, es ist ihm sogar gestattet, gerade solche Theile der Schuld, über deren Existenz Streit herrscht, zunächst zu quittiren. Hingegen versteht es sich, daß der Creditor den Pfanderlös zunächst auf die unbetagten und unbedingten Debetposten anzurechnen hat. Bleibt jedoch hierbei ein Ueberschuß, so wird er befugt sein, diesen wegen künftig fälliger Posten zu retiniren.

Eine specielle Beschränkung des Creditors, die jedoch heutzutage nur eine minime praktische Bedeutung hat, wurde durch ein Rescript von Caracalla und Severus beliebt.

Ulpianus libro 43 ad Sabinum l. 5 § 2 D. de solut. 46, 3. Imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit,

---

11) Paulus responsa sind wenigstens vom 14ten Buch an unter Alexander Severe geschrieben, siehe oben S. 167 Anm. 18.

Digitized by Google

cum distractis pignoribus creditor pecuniam redigit, si sint usurae debitae et aliae indebitae: quod solvitur, in usuras — ad utramque causam usurarum tam debitarum quam indebitarum — pertinere: puta quaedam earum ex stipulatione, quaedam ex pacto naturaliter debebantur. Si vero summa usurarum debitarum et non debitarum non eadem sit, aequaliter ad utramque causam proficit quod solutum est non pro rata, ut verba rescripti ostendunt. Sed si forte usurae non sint debitae et quis simpliciter solverit, quas omnino non erat stipulatus, Imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit, ut in sortem cedant....

Dem Käufer war der Fall vorgelegt, in welchem vom Schuldner klagbare und klaglose (indebitae) Zinsen geschuldet wurden und die für die Schuld gestellten Pfänder verkauft waren, ohne daß der Erlös auch nur die Zinsen vollständig deckte. Es frug sich, wie zu imputiren sei. Wären die Principien der Zahlung durch den Schuldner maßgebend, so kämen zuerst die klagbaren Zinsen zur Berücksichtigung, dann das Capital und zuletzt erst klaglose Zinsen. Dies hebt der Schluß der Stelle hervor. Ließe man dagegen dem Gläubiger die Wahl, wie dies sich nach und nach als Princip des Pfandverkaufs feststellte, so würde zunächst natürlicherweise auf die klaglosen Zinsen allein abgerechnet werden.

Antoninus entscheidet sich für keins der beiden Systeme; er bestimmt, der Pfanderlös solle auf die klagbaren und die klaglosen Zinsen zu gleichen Theilen abgerechnet werden. Diese Verordnung erklärt sich aus der historischen Entwicklung; noch war der Kampf zwischen den beiden Principien der Imputation zu Antoninus Zeit nicht ausgefochten. Der Kaiser entschied sich in concreto für eine Art Vermittlung. Da sie aber nicht auf einem innern Princip beruht, den Knoten nicht löst, sondern zerhaut, so kann nicht auffallend sein, daß die Zinsforderungen nicht etwa pro rata, sondern zu gleichen Theilen befriedigt werden sollen [12]).

12) Die Annahme, daß in dem von Antoninus behandelten Fall zwei Capitalposten, der eine mit klagbaren, der andere mit klaglosen Zinsen bestanden, daß ferner diese Capitalposten ursprünglich gleich waren und daß deßhalb die usurae indebitae zur Hälfte befriedigt würden, findet in dem Rescript keine Unterstützung; sie ist daher nicht aufzustellen, wenn auch hiernach jede Singularität verschwinden würde. Dieselbe theilt die Glosse Bartolus ad h. l. vol. VI. p. 97. Sol. hic

Digitized by Google

§ 114. Recht des Verpfänders auf die hyperocha. Einfluß des Pfandverkaufs auf die Gegenansprüche zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger.

Uebersteigt der Kaufpreis den Betrag der versicherten Forderung, so kommt der Ueberschuß — die hyperocha oder das superfluum — dem Verpfänder zu Gute [1]). Es ist aber zu unterscheiden, ob der Gläubiger den Kaufpreis bereits beigetrieben hat oder ob derselbe noch aussteht.

1) Hat der Käufer noch nicht gezahlt, so ist der Gläubiger keineswegs verpflichtet, dem Verpfänder aus eignen Mitteln die Differenz zwischen der Summe des Kaufpreises und der versicherten Forderung zu erstatten und eine Vorlage zu machen. Der Gläubiger hat nur die Pflicht, den fälligen Kaufpreis beizutreiben und dafür einzustehen, wenn er in Folge seiner Nachlässigkeit inexigibel wird.

Dagegen hat er die Eincassirung der hyperocha selbst zu besorgen; er kann nicht die Beschwerde und Verantwortlichkeit der Beitreibung ablehnen und verlangen, daß der Verpfänder den Käufer als Schuldner annimmt, vielmehr hat er selbst die Verkaufsverhältnisse, die er geschaffen hat, zur Erledigung zu führen. Er erscheint eben nicht als Procurator, welcher vollkommen berechtigt wäre, die aus dem Kaufvertrag erworbenen Ansprüche, wie sie liegen, auf den Mandanten zu übertragen. Dies wird, wie uns scheint, von Papinian ausgesprochen libro 3 respons. l. 42 D. de p. a. 13, 7.

> Creditor judicio, quod de pignore dato proponitur, ut superfluum pretii cum usuris restituat, jure cogitur, nec audiendus erit, si velit emtorem delegare, quum in venditione quae fit ex facto, suum creditor negotium gerat [2]).

---

summae debiti principalis erant aequales licet summae de usuris diversae. So noch Wening Civilr. § 245 not. f. Dagegen u. A. Donellus de jure civili lib. XVI. cap. 12 § 22 bes. Averanius interpret. V. c. 32 n. 24. Buchholtz juriſt. Abhandl. S. 348. cfr. Büchel Erört. II. Abh. 1 S. 132. Bachofen Pfandr. S. 595.

1) Joh. Phil. Richter diss. de hyperocha Jenae 1668. Glück Bd. 14 S. 128.

2) Sehr verbreitet ist die Auslegung, der Gläubiger, der schuldvoll mit der Beitreibung zögerte, könne den Schuldner nicht mit einer Abtretung der Klage gegen den Käufer abfinden, sondern müsse den Betrag der hyperocha aus eignen Mitteln zahlen. Schon Scholium zu den Basiliken XXV. 1, 41 ed. Heimbach III. p. 65. Deßgleichen Glück Bd. 14 S. 129. Schneider Annalen für Rechtspfl. Bd.

Digitized by Google

Leider ist unsere Entscheidung, in der sich die klarste Erkenntniß des Wesens des Pfandverkaufs ausspricht, durch einen häßlichen Flecken verunziert. Denn was soll das quae fit ex facto? — Cujacius hat conjecturirt ex pacto und hat vielen Beifall damit erlangt [3]), aber zum Zusammenhang paßt das schlecht. Soll etwa nur der Pfandverkauf ex pacto als eignes Geschäft des Creditors gelten, nicht aber der Verkauf, der ohne ausdrückliche Bewilligung des Schuldners stattfand? Wenig prägnant ist aber auch die Lesart, die Haloander — nach Handschriften aufnimmt, „quae rite est facta“ [4]).

Es ist zu lesen: in ea venditione, quae pignoris jure est facta, suum creditor negotium gerat [5]). Dies allein giebt einen starken und befriedigenden Sinn. Wo der Gläubiger auf Grund seines Pfandrechts handelt, da vollzieht er das eigne Geschäft. Anders, wenn er den Verkauf etwa in Folge einer Verständigung mit dem Schuldner und in dessen Auftrag geschlossen hatte.

Fordert umgekehrt der Verpfänder, daß ihm der Anspruch gegen den Käufer auf Zahlung der hyperocha cedirt werde, so muß der Gläubiger dem nachkommen; da er kein Interesse hat, mehr als die versicherte Forderung beträgt, selbst einzunehmen; es sei denn, daß er aus irgend einem Grund ein Retentionsrecht geltend machen kann. Dies bezeugt Ulpian libro 30 ad edictum l. 24 § 2 D. de p. a. 13, 7.

> Si vendiderit quidem creditor pignus pluris quam debitum erat, nondum autem pretium ab emtore exegerit: an pigneratitio judicio conveniri possit, ad superfluum reddendum? an vero vel exspectare debeat, quoad emtor solvat vel suscipere actiones adversus emtorem? Et arbitror, non esse urgendum ad solutionem creditorem: sed aut exspectare debere debitorem, aut si non exspectat mandandas ei actiones adversus emtorem: periculo tamen ven-

12 S. 402 u. A. Diese Erklärung trägt unnöthigerweise etwas in die Stelle hinein und ist daher nicht zu adoptiren.

3) Cujacius ad h. l. Seine Conjectur billigen u. A. Noodt comm. ad Pand. h. t. op. II. p. 325. Voet. comm. ad Pand. h. t. § 4. Bachofen Pfandr. S. 192.

4) Die Lesart des Haloander hat nach Glück l. c. S. 130 auch der Erlanger Codex.

5) Wahrscheinlich war geschrieben QUAE P̄I ẽ FACT' da man P̄I gleich pignoris jure nicht recht entzifferte, so ergab sich die weitere Corruption von selbst.

Digitized by Google

ditoris. Quod si accepit jam pecuniam superfluum reddit.

Diese Gesetzesstelle stimmt im Allgemeinen mit den entwickelten Grundsätzen überein, enthält jedoch in einem Punkt, wie es scheint, eine bedenkliche Abweichung. Der Verpfänder soll bis zur Beitreibung des Kaufpreises genöthigt sein abzuwarten, will er nicht warten, so sollen ihm die Klagen gegen den Käufer cedirt werden und dies geschieht periculo venditoris. Nun steht aber der Gläubiger zwar für culpa ein, keineswegs aber für wirkliches Eingehen der Kaufgelder. Nicht einmal, wenn er selbst klagte, wird er absolut verantwortlich für den Erfolg der Klage, um so weniger haftet er für denselben unbedingt, wenn der Verpfänder die Klaganstellung übernahm.

Jener Zusatz hat keine Beziehung auf die Cession der Klage, sondern steht in Verbindung mit dem Hauptgedanken [6]). Allerdings meint Ulpian hat der Debitor zu warten, bis der Gläubiger Zahlung beitreibt. Jenes Warten aber geschieht auf Gefahr des Gläubigers.

2) Die beigetriebene hyperocha hat der Pfandgläubiger an den Verpfänder zu restituiren. Doch hat er unter Umständen ein Retentionsrecht; hat er sich z. B. dem Käufer wegen Eviction verbindlich gemacht, so kann er die hyperocha retiniren, bis ihm vom Verpfänder anderweitige Sicherheit wegen der etwaigen hieraus ergebenden Pflicht gestellt ist [7]).

Wie steht es mit der Gefahr, wenn die bereits vom Verkäufer eingenommene Summe durch einen Zufall, z. B. bei einem Volksaufstand oder auch bei der Uebersendung an den abwesenden Verpfänder zu Grunde geht? Eigenthümer des Eincassirten ist natürlich der Pfandgläubiger, der das eigne Geschäft beim Verkauf betrieb; auch ist der Creditor nicht gerade verpflichtet, das Eingenommene in specie zu restituiren. Er ist also Schuldner einer Summe und man könnte versucht sein, auf ihn die volle Gefahr des Zufalls zu wälzen.

Wir hielten dies nicht für unbedingt richtig. Der Creditor ist berechtigt, gerade das Eingenommene und nur dieses zu restituiren. Wenn er es also nachweislich besonders aufbewahrte, etwa in einem versiegel-

---

6) Dagegen verstehen schon die Scholien zu den Basiliken XXV. 1. 24 § 2. Heimbach III. p. 62 die Cession periculo creditoris ὅτε κούλπα τις ἐγένετο τοῦ δανειστοῦ. So auch Schneider l. c. u. A.

7) l. 8. § 1 D. de p. a. 13, 7.

Digitized by Google

ten Sack hielt und es geht zufällig zu Grunde, so trifft die Gefahr den Verpfänder [8]).

Wenn der Pfandgläubiger die Ueberschußsumme in Gebrauch nahm, mit derselben Anschaffungen, z. B. von Grundstücken, glückliche Speculationen machte, ist dann der Verpfänder berechtigt solchen Erwerb anzusprechen? Hiefür ließe sich anführen, daß der Gläubiger diesen Gewinn aus Veranlassung und in Folge der Pfandhingabe machte, daß er ihn ohne die aus dem Pfandverkauf erlöste Summe nicht erzielt hätte. Mit Recht weist gleichwohl Diocletian diesen Anspruch zurück.

l. 20 C. de distract. pign. 8, 28. Secundum placiti fidem, si nihil convenit specialiter, pignoribus a creditore, majore quam ei debebatur, pretio distractis: licet ex eo fundus comparatus sit, non super hoc in rem, sed in personam id est pigneratitia de superfluo competit actio [9]).

Der Creditor handelt bei jenen Anschaffungen nicht als Pfandgläubiger; er speculirte auf eigne Gefahr und zu eignem Vortheil. Der Verpfänder hat also nur wegen der Ueberschußschumme selbst eine Klage, nicht wegen des mit ihr Erworbenen. Anders, wenn es von vornherein ausgemacht war, der Pfandgläubiger solle künftig mit der etwaigen hyperocha für den Verpfänder gewisse Objecte erwerben. Hier erscheint der Pfandgläubiger als Vertreter des Verpfänders; dieser wird Eigenthümer des in seinem Auftrag Angeschafften. Aber auch dann ist der Creditor zur Restitution verpflichtet, wenn er aus eignem Antrieb ohne Verabredung für den Schuldner und auf dessen Rechnung zu handeln gedachte. Er ist dann durch die actio negotiorum gestorum tenent. —

Nicht selten hat der Creditor mit der Ueberschußsumme Zinsen an den Verpfänder zu entrichten. Hören wir hierüber zunächst die römischen Juristen und suchen wir dann gestützt auf diese Aussprüche und aus der Natur des Verhältnisses heraus die Verpflichtung des Creditors näher zu bestimmen:

Ulpianus libro 35 ad Sabinum. l. 6 § 1 D. de pign. a. 13, 7.

---

8) cfr. l. 3 D. de her. vel. a. vend. 18, 4. Mommsen Beitr. I. S. 51 Anm. 15.

9) cfr. l. 4. C. communia utriusque judicii 3. 38. l. 8 C. si quis alteri 4. 50. l. 6 C. de rei vind. 3, 32.

Digitized by Google

Si creditor pluris fundum pignoratum vendiderit, si id foeneret, usuram ejus pecuniae praestare debet ei, qui dederit pignus: sed et si ipse usus sit ea pecunia, usuram praestari oportet. Quod si eam depositam habuerit, usuras non debet.

l. 7 D. eod. Paulus lib. 2 sententiarum.

Si autem tardius superfluum restituat creditor id quod apud eum depositum est: ex mora etiam usuras debitori hoc nomine praestare cogendus est.

Eine Pflicht zur Erstattung von Zinsen tritt also in folgenden Fällen ein:

a) Der Pfandgläubiger hat ausdrücklich — etwa durch briefliche Mittheilung an den abwesenden Schuldner erklärt — er lege die hyperocha in dessen Interesse an, oder er hat direct auf dessen Namen ausgeliehen. Hier ist der Debitor berechtigt, den vollen Zins, welchen der Creditor eingenommen hat, zu fordern.

Auf der andern Seite trägt der Schuldner aber hier auch die Gefahr, wenn das Ausleihen nach den Umständen in seinem Interesse lag, und wenn der Pfandgläubiger mit aller nur möglichen Sorgfalt zu Werke ging, und nur durch zufällige nicht vorauszusehende Ereignisse die Ausstände schlecht wurden. Es regelt sich hier von beiden Seiten Alles nach den Principien der negotiorum gestio [10]).

b) Der Pfandgläubiger hat aber weiter nach den Grundsätzen der bona fides auch dann Zinsen zu erstatten, wenn er die hyperocha zu seinen Geschäften und Speculationen vernutzte.

Es kann als zweifelhaft erscheinen, wie hoch diese Zinsen zu berechnen sind. Bei Gelegenheit der negotiorum gestio wird bekanntlich festgesetzt „ubi quis ejus pecuniam, cujus tutelam negotiave administrat aut magistratus municipii publicam in usus suos convertit maximas usuras praestat, ut est constitutum a divis principibus [11]). Manche sehen in diesen Bestimmungen eine allgemeine Norm, so daß bei jeder nicht autorisirten Verwendung fremder Gelder der höchste gesetzliche Zinsfuß — zur classischen Zeit 12% — berechnet werden dürfte. Aber der Mandatar, welcher die seiner Administration anvertrauten Gelder zu seinem Nutzen verwendet, wird ausdrücklich

10) l. 37 § 1 D. de neg. gest. 3, 5.
11) l. 38 D. de neg. gest. 3, 5.

Digitized by Google

nur zur Entrichtung landesüblichen Zinses verpflichtet, Aehnliches galt für den Gesellschafter [12]). Wir dürfen um so eher annehmen, daß auch der Pfandgläubiger in gleichem Fall nur zu Entrichtung des landesüblichen Zinses verpflichtet war, weil Paulus in der oben angeführten Gesetzesstelle den Pfandgläubiger als zur Leistung von Zinsen, keineswegs der maxima oder legitima, verhaftet erklärt. Die Verpflichtung zur Zahlung von 12% war eine Strafe, die den Verpflichteten nur in den singulären, gesetzlich normirten Fällen traf.

c) Wenn der Creditor die hyperocha auf Zinsen ausleiht, ohne die Absicht zu haben, im Interesse des Debitors zu handeln, so soll er gleichfalls Zinsen zu erstatten verpflichtet sein. Sind darunter die Zinsen verstanden, die er einnahm, selbst wenn sie das landesübliche Maaß überschreiten? Wir glauben nicht. Es könnte sich dies höchstens aus einer Fiction, daß der Pfandgläubiger als negotiorum gestor handele, erklären lassen. Und dies hätte keinen Grund in der Sachlage. Auch müßte dann consequent der Verpfänder, die Gefahr zufälligen Verlustes bei jenem Leihgeschäft tragen, was kaum zweckmäßig und den Verhältnissen entsprechend wäre. Der Creditor genügt seiner Pflicht in unserm Fall, wenn er dem Verpfänder den landesüblichen Zins entrichtet, auf Grund des Umstandes, daß er von ihm geschuldete Gelder zu eignen Zwecken vernutzt. Hiermit möchte die Ausdrucksweise Ulpians in Einklang stehen „si id foeneret, usuram ejus pecuniae praestare debet." Das Risico der Capitalien trägt danach der Creditor ausschließlich.

d) Endlich hat der Creditor nach den allgemeinen Principien auch dann den landesüblichen Zins zu entrichten, wenn er in Verzug versetzt wird.

Der Verpfänder macht seine Ansprüche auf die hyperocha mit der actio pigneratitia in personam geltend; einen dinglichen Anspruch auf dieselbe hat er nicht. Kommt daher der Pfandgläubiger nach Eintreibung des Kaufpreises in Concurs, so kann der Verpfänder nur Procente, wie die andern Chirographarien fordern. Da wir jura singularia nicht analog ausdehnen, so werden wir selbst dann, wenn die vom Käufer gezahlten Gelder noch vorhanden sind und vom Pfandgläubiger wie ein Depositum getrennt gehalten wurden, das privilegium exigendi, wie es dem Deponenten zusteht, dem Verpfänder nicht einräu-

12) l. 10 § 3 D. mandati 17, 1. l 1 § 1 D. de usuris 22, 1.

Digitized by Google

men [13]). Hätte der Gläubiger dagegen die hyperocha noch nicht beigetrieben, dann könnte jedenfalls der Verpfänder Cession der aus seinem Vermögen herstammenden actio venditi ansprechen [14]). — Wie zur Restitution der hyperocha, so ist der Pfandgläubiger dem Verpfänder gegenüber verpflichtet, auch andern Gewinn, den er beim Pfandverkauf gemacht hat, auf die Forderung aufzurechnen und den Ueberschuß herauszugeben. So wenn er durch Verfall der Arrha oder eines Theils des Kaufpreises in Gemäßheit der lex commissoria, oder wenn er in Folge der Annahme einer Summe, die ihm der Käufer für den Abstand vom Kauf bot, einen Vortheil gezogen hat. Denken wir, der Pfandgläubiger hat das Pfand zweimal verkauft und dieses ist durch Zufall untergegangen. Hier mag es wohl zweifelhaft sein, ob er den doppelten Kaufpreis, den er durch solchen Zufall gewinnt, zu imputiren hat [15]). Wir werden uns für die Aufrechnung entscheiden, wenn der Gläubiger beidemal in seiner Qualität als Pfandgläubiger den Verkauf abzuschließen hat.

Die bisherige Darstellung hat gezeigt, wie die actio pigneratitia in personam directa durch den Verkauf des Pfands einen neuen Inhalt gewinnt. Der Verkauf des Pfandes aber kann auch Ansprüchen des verkaufenden Gläubigers gegen den Verpfänder zur Basis dienen, die mit der actio pigneratitia contraria verfolgt werden.

Der Verpfänder ist dem Gläubiger zum Ersatz aller Auslagen verpflichtet, die dieser zum Zweck des Verkaufs gerechtfertigter Weise machte. Die Kosten, die an den Auctionator zu zahlen waren, der Mäklerlohn, die Ausgaben für die öffentlichen Proclame, alles Dies kann der Creditor in Rechnung stellen und zwar nicht nur dann, wenn der Verkauf erzielt wurde, sondern auch, wenn die Verhandlung fruchtlos blieb. Es ist nur nothwendig, daß der Verkäufer wie ein guter Geschäftsmann gehandelt hat und nicht selbst die Schuld am Zurückgehen des Verkaufs trug.

Man kann nicht einwenden, daß der Creditor nur von einem Recht Gebrauch macht, eine Erlaubniß benutzt, die ihm eingeräumt war, und

---

13) l. 7 § 2 § 3. l. 8 D. depositi 16, 3. l. 24 § 2. D. de rebus auct. judicis 42, 5.

14) arg. l. 2 D. de inst. a. 13, 4.

15) l. 21. D. de her. vel. a. vend. 18, 4.

Digitized by Google

deren Kosten ihm demnach zur Last fallen. Der Verpfänder trägt die Schuld, daß der Creditor genöthigt ist, den Verkauf zu exerciren und um deßwillen liegt ihm auch die Ersatzpflicht auf. Bereits früher mußten wir hervorheben, daß der Gläubiger vom Verpfänder mit der actio pigneratitia contraria Schadloshaltung fordert, wenn er dem Käufer gegenüber Verbindlichkeiten übernahm, etwa eine dupla für den Fall der Eviction versprach; immerhin vorausgesetzt, daß er hierbei als sorgfältiger Geschäftsmann handelte [16]).

§ 115. 3) Erlöschen des Pfandrechts des Verkäufers und der Nachhypothekarien.

In Folge des Pfandverkaufs werden alle auf der Pfandsache lastenden Hypotheken entkräftet, auch wenn die versicherten Forderungen nur unvollständig zur Befriedigung kommen. Wie könnte sonst der Käufer ein Gebot einlegen?

Doch genau betrachtet erscheint die Stellung des Pfandrechts des Verkäufers und die der Nachhypotheken als wesentlich verschieden. Der erste Pfandgläubiger nimmt den Verkauf in die Hand, tritt handelnd auf — die Nachhypothekarien müssen ihn dulden und haben eine bloß passive Rolle. Daher erlischt des Ersteren Recht völlig, wenn er durch Tradition Eigenthum übertrug und den Verkauf vollzogen hat; das der Letzteren wird schon mit dem Abschluß des Verkaufs gehemmt, aber es geht keineswegs vollständig unter, sondern kann nur fortan gegen den Vorhypothekar und den Käufer nicht mehr geltend gemacht werden. Dies haben wir noch darzuthun und zu zeigen, wie sich diese Sätze nothwendig aus der Grundstructur unserer Lehre ergaben.

1) Das Recht des verkaufenden Pfandgläubigers erlischt mit dem Vollzug des Verkaufs vollständig und für immer.

Zwar in neuerer Zeit behauptet man vielfach im Gegentheil [1]), das Recht des Pfandgläubigers erlösche nach dem Verkauf nicht absolut, wenn der Erlös die versicherte Forderung nicht vollständig decke; der Käufer und seine Successoren seien allerdings durch exceptio gegen-

---

16) l. 22 § 4 D. de p. a. 13, 7. über l. 23 sieh oben S. 198.

1) Bachofen S. 575 ff. Platner l. c. S. 107. Bangerow § 380 I. n. 1. Bachofen nimmt eine exceptio an si non voluntate creditoris veniit, Platner S. 106 die exceptio rei vend. et traditae.

Digitized by Google

über dem Pfandgläubiger geſchützt; Dritten gegenüber, welche in den Beſitz der Pfandſache gelangten ohne vom Käufer ihr Recht herzuleiten, könne der Gläubiger trotz des Verkaufs immer noch vindiciren. Ebenſo ſei der Schuldner, welcher etwa die Pfandſache vom Käufer zurückerwarb, wieder der Pfandklage des Verkäufers ausgeſetzt; es müſſe dem Gläubiger eine replicatio doli zugeſtanden werden, wenn der Schuldner ſelbſt die Pfandklage des Creditors mit Berufung auf den Erwerb vom Käufer zurückweiſen und ihr eine exceptio entgegenſtellen wolle. — Unter Umſtänden könne daher der Gläubiger die Pfandſache geradezu zum zweitenmal verkaufen.

Betrachten wir aber den Sinn und die Meinung der Contrahenten im Leben, ſo finden wir ſchon hier, daß der Creditor ſein Pfandrecht für immer aufgiebt. Das Pfand hat ſeine Function erfüllt; der Gläubiger hat ſich anſtatt des Pfandrechts mit den Rechten aus dem Pfandverkauf zufriedengegeben. In ſeinen Augen iſt die Sache zu Ende, er denkt nicht daran, daß ihm nun noch an dem verkauften Pfand weitere Anſprüche zuſtehen. Auch die actio hypothecaria iſt nicht mehr platzgreifend, denn es iſt nun satisfactum [2]). —

An dieſer natürlichen Auffaſſung hat auch die römiſche Jurisprudenz feſtgehalten, die ja durchaus die Tendenz hat, die Rechtsverhältniſſe ſcharf und beſtimmt abzuſchneiden und nicht ſchwächlich ſich hinziehen zu laſſen. Daher faßt Paulus den Verkauf als ein Ereigniß, wodurch causa pignoris finitur [3]). In Bezug auf die dominii impetratio, die in dieſer Beziehung nicht leicht vom Verkauf verſchieden ſein wird, erklärt Ulpian et videtur finita pignoris obligatio et a contractu recessum [4]).

Beſtätigt wird dies auch durch die Entſcheidung der l. 15 C. de distr. pign. 8, 28. Dioclet. et Maxim.

> Obligatis pignori mancipiis a creditore distractis ac traditis: si post debitor quondam haec sollicitaverit: non venditori sed emptori contra possidentem in rem competit actio.

Es liegt hier gerade ein Fall vor, in welchem ſich praktiſch zeigen muß, von welcher Auffaſſung das römiſche Recht ausging. Der Schuld-

2) l. 9 § 3 D. de p. a. 13, 7.
3) Paul. II. 13, 4.
4) l. 24 D. de p. a. 13, 7.

Digitized by Google

ner kam wieder in den Beſitz der vom Pfandgläubiger verkauften und tradirten Sache; der Gläubiger verlangt eine dingliche Klage. Sie wird ihm aber von den Kaiſern völlig abgeſprochen, mit der Tradition hat er ſie verloren.

Die Gegner führen für ihre Behauptung namentlich an: ſchreitet der Debitor zum Verkauf der Pfandſache und holt hierzu die Erlaubniß und Einwilligung des Gläubigers ein, ſo verzichtet dieſer hiermit anerkanntermaßen nur gegenüber dem Käufer und deſſen Succeſſoren auf ſein Pfandrecht, dagegen verbleibt ihm ſein Recht gegen Dritte oder auch den Schuldner, falls dieſe in den Beſitz der Pfandſache kommen [5]); mit dem Conſens zum Verkauf ſtehe aber der Pfandverkauf, behauptet man, durchaus auf einer Linie. Gerade dies ſcheint uns nicht zutreffend. Die Duldung des Verkaufs durch den Debitor iſt ein beſonderes Zugeſtändniß, ein Verzicht, der aufs engſte nach dem nächſten Zweck zu bemeſſen iſt. Beim Pfandverkauf ſchreitet der Gläubiger in eignem Intereſſe vor, es herrſcht die Abſicht einer definitiven Löſung des Verhältniſſes, der Käufer hat ihn vollſtändig ſatisfacirt. — An dieſem Reſultat kann uns auch folgende Entſcheidung nicht irremachen, welche die Gegner allerdings mit großem Schein für ihre Anſicht anführen.

> l. 4 § 1 D. quibus modis pignus solv. 20, 6.
> Si in venditione pignoris consenserit creditor . . . dicendum erit pignus liberari, nisi salva causa pignoris sui consensit. . . . Sed et si ipse vendiderit creditor, sic tamen venditionem fecit ne discederet a pignore, nisi ei satis fiat, dicendum erit, exceptionem ei non nocere. Sed et si non concesserat pignus venumdari sed ratam habuit venditionem, idem erit probandum.

Wäre, wie man annimmt, mit den Worten — sed etsi ipse vendiderit creditor — ein eigentlicher Pfandverkauf gemeint, ſo würde allerdings unſere Annahme, wonach mit dieſem Act das Pfandrecht ſelbſt untergeht, unhaltbar ſein, da ſich der Käufer nur durch eine exceptio ſoll ſchützen können. Indeſſen zeigt der Zuſammenhang, daß hievon keine Rede iſt. Der Juriſt behandelt den Conſens des Pfandgläubigers zum Verkauf durch den Debitor; er erklärt, daß hierdurch regelmäßig das Pfand befreit werde, es ſei denn, daß ſich der Creditor

5) l. 8. § 7—9 D. quibus modis pignus 20, 6.

Digitized by Google

seine Rechte vorbehalte. Ja, fährt er hieran anknüpfend fort, wenn auch der Creditor selbst den Verkauf vornimmt — nämlich im Auftrag des Debitors — kann er sich vorbehalten, daß ihm der Verkauf nicht schade, bis er volle Befriedigung für die versicherte Forderung erhalte. Und zum sichern Beweis, daß er nur von einem vom Schuldner principaliter ausgehenden Verkauf spricht, schließt er mit den Worten, die Ratihabition des Gläubigers stehe dem von vornherein ertheilten Consens gleich. Diese Entscheidung ist also für die Verhältnisse des eigentlichen Pfandverkaufs nicht zu benutzen.

Natürlich tritt aber der Verlust des Pfandrechts noch nicht mit dem bloßen Abschluß des Pfandverkaufs ein. Der Creditor würde sich sonst selbst der Macht begeben, den Vertrag zu realisiren, dem Käufer die actio hypothecaria zu cediren, die Pfandsache zu tradiren und dies Alles den Zwecken der Contrahenten entgegen [6]). Der Untergang des Pfandrechts geschieht vielmehr erst dann, wenn der Gläubiger den Vertrag vollzogen hat, wenn also der Käufer in den Besitz der Sache gesetzt ist und deren Eigenthümer wird.

Auch leuchtet ein, daß in den Fällen, in welchen der Gläubiger die Sache nur unter einer Resolutivbedingung überträgt, der Verzicht auf das Pfandrecht nur für den Fall gilt, daß der Verkauf bei Kräften bleibt, die Bedingung also nicht in Erfüllung geht. Im entgegengesetzten Fall lebt das Eigenthum des Verpfänders, das Pfandrecht des Verkäufers so wieder auf, als wäre der Verkauf niemals erfolgt.

Eine Consequenz dieser Sätze ist, daß der Pfandgläubiger nach Abschluß des ersten Verkaufsvertrags auch einen zweiten an einen andern Käufer mit Gültigkeit vornehmen kann, und daß er im Stande ist, diesen durch Tradition zum Eigenthümer zu machen. Der erste Käufer ist dann auf persönliche Ansprüche gegen den Pfandgläubiger beschränkt, nicht anders wie wenn er vom Eigenthümer gekauft hätte [7]).

2) In einer ganz andern Lage als der verkaufende Pfandgläubiger sind die Nachhypothekarien. Der Verkauf geschieht ohne ihren Willen, selbst ohne ihr Wissen, sie müssen ihn dulden. Sie geben also ihre Rechte nicht auf. Dagegen müssen sie nach wie vor dem ersten Hypothekar und seinen Successoren gegenüber weichen.

---

6) Dagegen l. 13 C. de distr. pign. 8, 28. l. 13 D. eod. 20, 5.

7) Platner Archiv f. c. Pr. Bd. 32 S. 104.

Digitized by Google

l. 12 § 7 D. qui pot. in pign. 20, 4 Marcianus libro sing. ad form. hypothec. Si simpliciter convenisset secundus creditor de hypotheca ab omni possessore eam auferre poterit praeter priorem creditorem et qui ab eo emit.

Die einzige Veränderung, die für sie mit dem Verkauf und zwar schon mit Abschluß des Kaufvertrags vorgeht, besteht darin, daß sie jetzt nicht mehr das Recht haben, den ersten Pfandgläubiger durch Oblation seiner Forderungssumme abzufinden.

l. 3 D. de distr. pign. 20, 5. Papinianus libro 3 respons. Cum prior creditor pignus jure conventionis vendidit secundo creditori non superesse jus offerendae pecuniae convenit.

Und dies ist auch ganz consequent, da der Schuldner auch nur bis zu diesem Termin die Schuldsumme offeriren konnte [8]), dem zweiten Pfandgläubiger aber in dieser Hinsicht nicht mehr Rechte einzuräumen vermochte, als ihm selbst zustanden. So ist der Vorzug des ersten Gläubigers und des Pfandkäufers vor dem Nachhypothekar ein peremptorischer geworden. Allen andern Personen gegenüber bleibt der Nachhypothekar in seiner ursprünglichen Stellung [9]). Erwirbt daher ein Dritter nach dem Pfandverkauf Eigenthum durch Usucapion anstatt des Pfandkäufers, so kann die actio hypothecaria nicht vom verkaufenden Gläubiger, wohl aber von den Nachhypothekarien mit Erfolg angestellt werden.

---

8) vgl. oben § 112 S. 209.

9) l. 6 C. qui pot. 8, 18 . . . . si ab illo priore tu comparasti: non oportet te ab eo qui postea credidit, inquietari. l. 7 C. de oblig. et act. 4, 10 . . . si a creditoribus in ordine pignorum antecedentibus, venumdantibus, qui possident, comparaverunt . . . pignorum distrahendorum facultatem te non habere perspicis. Etwas zu weit drückt sich strenggenommen Alexander aus l. 1 C. si antiquior creditor pignus vendiderit 8, 20. Si vendidisset, qui ante pignus accepit: persecutio tibi hypothecaria superesse non posset. Der Kaiser denkt aber natürlich an den nächst liegenden Fall, daß die Käufer oder ihre Erben im Besitz sind.

Digitized by Google

Drittes Kapitel.

Wiederaufhebung des Pfandverkaufs.

§ 116. Aufhebung durch die Contrahenten ſelbſt.

Die Aufhebung eines Pfandverkaufs liegt häufiger und in höherem Grade in den Wünſchen und Intereſſen der Partheien, als dies bei einem gewöhnlichen Contract der Fall ſein wird. Während andere Geſchäfte Producte freier Entſchließung und Speculation zu ſein pflegen, iſt der Pfandverkauf für den Gläubiger eine Nothwendigkeit, um ein zerrüttetes Verhältniß zu ordnen und möglichſt viel zu retten; für den Schuldner aber ein Verhängniß, das ihn unabhängig von ſeinem Willen ereilt.

Menſchlich iſt es, ihm noch eine Friſt zu gönnen und die Chancen einer kurzen Zwiſchenzeit offen zu halten, innerhalb deren er ſich ſeine Habe retten kann. Hie und da hat man ihm deßwegen noch eine geſetzliche Friſt zur Auslöſung und Wiederaufhebung des Verkaufs gewährt. Im römiſchen Recht hingegen hängt dies vom Ermeſſen und guten Willen des Verkäufers ab [1]). Kommen demnach nur die gewöhnlichen Principien über Wiederaufhebung des Verkaufs in Anwendung, ſo treten doch beſondere Complicationen dadurch ein, daß nicht nur der Gläubiger und der Käufer, ſondern in nicht geringerm Grad der Eigenthümer der verkauften Sache, den wir der Kürze halber als Verpfänder bezeichnen, bei der Reſciſſion des Kaufs intereſſirt iſt [2]).

Die Reſciſſion, die der Verpfänder veranlaßt, ſoll im folgenden Paragraphen beſprochen werden, jetzt wenden wir uns zur Aufhebung, die von den Contrahenten ſelbſt ausgeht. Und zwar unterſcheiden wir Reſolution durch Einverſtändniß Beider: Reſciſſion durch Willensentſchluß des einen Theils.

1) Der Pfandverkauf kann durch gegenſeitiges Einverſtändniß zwiſchen Käufer und Pfandgläubiger wieder aufgehoben werden, ohne Unterſchied, ob noch nicht erfüllt iſt oder ob bereits die Leiſtung von der

1) l. 2 C. si antiquior creditor 8, 20.

2) Das römiſche Recht kennt auch eine Aufhebung mit Rückſicht auf die Rechtsſtellung des Pfandobjects — des Sklaven l. 52. D. de fideicommissis libert. 40, 5.

Digitized by Google

einen oder der andern Seite erfolgte [3]). Der Ratification des Verpfänders bedarf es nicht.

Eine verſchiedene Frage iſt, ob der Gläubiger durch die Wiederaufhebung eines günſtigen Verkaufs dem Verpfänder verantwortlich wird. Im Allgemeinen werden wir uns gemäß früheren Erörterungen hiergegen entſcheiden [4]), der Gläubiger exercirt beim Pfandverkauf ein Recht, keine Pflicht; hinſichtlich der Frage, *ob* er verkauft, ſteht er daher völlig frei, nur *wenn* er den Verkauf vornimmt, hat er, inſoweit es mit ſeinem Intereſſe vereinbarlich iſt, den Vortheil des Schuldners zu wahren. Demnach muß der Gläubiger conſequent noch jetzt vom Verkauf zurücktreten können, wodurch der Schuldner nur in ſeine frühere Lage zurückverſetzt wird, deren Aenderung durch den Gläubiger ſich der Schuldner zwar gefallen laſſen muß, aber nicht verlangen kann.

Nur das Eine könnte hiergegen in Betracht kommen, daß durch Abſchluß des Pfandverkaufs der Schuldner während mehr oder weniger langer Zeit gehindert war, ſelbſt zu verkaufen und die günſtige Gelegenheit der Zwiſchenzeit zu benutzen. Doch auch dies genügt uns nicht, um dem Schuldner einen Anſpruch zu geben, da er ſelbſt durch ſeine Verſäumniß rechtzeitiger Zahlung mehr oder weniger die Schuld daran trägt, daß er in eine ſo unvortheilhafte Lage gerieth. Dagegen verſteht ſich, daß ſich dies Alles ändert, wenn dem Gläubiger doloſes Handeln nachgewieſen werden kann.

2) Auch ohne den Willen des Mitcontrahenten kann die Auflöſung des Verkaufs durch einen der Contrahenten entweder auf Grund einer Vertragsclauſel oder eines geſetzlichen Reſciſſionsgrundes erfolgen.

Der Käufer kann ſich einſeitigen Rücktritt vorbehalten haben, er kann auch, wenn er ſich über die juriſtiſche Stellung der Sache oder deren Qualitäten oder deren Werth täuſchte, und wenn ihm ein Reſtitutionsgrund, etwa Minderjährigkeit zur Seite ſtand, wie bei andern

---

3) Ich erwarte nicht den Einwurf, daß man im römiſchen Recht von einem Kaufcontract durch bloßen Conſens nur dann zurücktreten kann, wenn noch von keiner Seite geleiſtet war l. 3 l. 5 § 1 D. de rescind. vendit. 18, 5 l. 58 D. de pactis 2, 14. Denn dies hatte nur darin ſeinen Grund, daß der bloße Vertrag dem Leiſtenden kein Klagrecht auf Rückgabe des Hingegebenen verſchaffen konnte. War aber wieder zurückgegeben, dann nahm man wieder die Möglichkeit einer Auflöſung durch Conſens an (l. 58 D. de pactis 2, 14) gerade als wäre niemals geleiſtet worden. Heutzutage iſt mit der Klagbarkeit aller Verträge der römiſche Rechtsſatz bedeutungslos geworden.

4) oben S. 145.

Digitized by Google

Geschäften Wiedereinsetzung verlangen. Hiervon abgesehen, wird der Käufer den Kauf wegen laesio enormis anfechten können, wo diese auf den Käufer ausgedehnt ist, es habe denn eine öffentliche Versteigerung stattgefunden, bei der die laesio enormis nach Uebereinstimmung der Particularrechte wegfällt. Wegen verborgener Mängel ist dem Käufer die Redhibition, wie wir sahen, versagt [5]).

Vom Pfandgläubiger erwähnen die Quellen häufiger, daß er sich den Rücktritt reservirt, daß er der Möglichkeit eines bessern Verkaufs für einige Zeit die Thür offenhält. Er kann namentlich die Clausel der addictio in diem, eine lex commissoria aufnehmen und auf Grund derselben den Verkauf annulliren. Auch kann der Gläubiger wegen laesio enormis zurücktreten, trotzdem, daß er keine Garantie für Eviction leistete und der Contract für den Käufer in gewissem Sinn einen aleatorischen Charakter trug. Auch dann wird der Gläubiger natürlich Wiederaufhebung eines nachtheiligen Pfandverkaufs erlangen können, wenn ihm ein Restitutionsgrund, etwa Minderjährigkeit, zur Seite steht [6]).

---

5) oben S. 183.

6) Vielleicht läßt sich aus diesem Gesichtspunkt folgende Stelle erklären: l. 9. D. de rescind. vendit. 18, 5 Scaevola lib. 4 Digestorum. Fundus, qui Lucii Titii erat, ob vectigale reipublicae veniit: sed cum Lucius Titius debitor professus esset paratum se esse vectigal exsolvere solidum cum minore venisset fundus, quam debita summa esse: praeses provinciae rescindit venditionem, eumque restitui jussit Lucio Titio. Quaesitum est, an post sententiam praesidis antequam restitueretur in bonis Lucii Titii fundus emptus esset? Respondit non prius quam emptori pretium esset illatum, vel si pretium nondum esset ab emptore solutum, in vectigal satisfactum esset.

Wegen rückständiger Grundabgaben an die Stadt wurde auf Anstehen der Stadtgemeinde, das Grundstück des Lucius Titius im Executionsweg verkauft, ohne daß der Käufer den vollen Betrag der Rückstände bot. Lucius Titius gab die Erklärung ab, den Rückstand ganz tilgen zu wollen, darauf hin rescindirte der Präses den Verkauf. Gewöhnlich nimmt man an, die Rescission sei zu Gunsten des Subhastaten erfolgt. Dann aber ist ihr Grund unerfindlich. Daß bei jenem Verkauf Gunst und Bestechlichkeit zu Gunsten des Käufers mitwirkte, wird nirgends angedeutet. Unterstellen wir, die Restitution sei zu Gunsten der Stadtgemeinde erfolgt, so verschwindet das Bedenken. Bekanntlich hat das zweite Jahrhundert der Kaiserzeit die Restitution der Minderjährigen auf die Stadtgemeinden ausgedehnt. Alexander erkennt in ihr ein Gewohnheitsrecht (l. 3. C. de jure reipublicae 11, 29). Hier fänden wir das älteste Zeugniß von deren Vorkommen. — Die Frage, die Scävola vorlag, war übrigens die, ob schon der bloße Ausspruch über die Restitution den Eigenthumsübergang auf den Käufer des Pfands aufhebe, oder ob es einer Retradition bedürfe. Der Jurist entscheidet sich im Princip für das erste, der Eigenthumsübergang wird unmittelbar in Folge des Restitutionsbescheides rescindirt. Indessen soll der Mitcontrahent nicht die

Digitized by Google

Kommt es zur Aufhebung des Pfandverkaufs, ſo iſt natürlich ſoviel als möglich Alles wieder in den Zuſtand vor dem Verkauf zurückzuverſetzen. Je nach dem Grund der Aufhebung geſchieht dies aber in verſchiedener Weiſe:

1) Keine Schwierigkeit liegt vor, wenn von Anfang an die Möglichkeit der Auflöſung vorgeſehen war, wenn der Eigenthumsübergang und die Aufgabe des Pfandrechts an eine Reſolutivbedingung, etwa an eine lex commissoria geknüpft war. Mit ihrem Eintreten fällt die Uebertragung des Eigenthums an den Käufer rückwärts hin zuſammen, ſämmtliche von dieſem concedirten dinglichen Rechte gehen zu Grund, der Verpfänder wird, wie wenn nichts vorgefallen wäre, wieder Eigenthümer, das Pfandrecht lebt auf; alles Dies erfolgt ſchon vor factiſcher Retradition. Nicht anders verhält es ſich, wenn der Verkauf in Folge eines geſetzlichen Annullationsgrundes rückwärtshin vernichtet wird.

2) Wie aber, wenn das Eigenthum definitiv und ohne Vorbehalt auf den Käufer übertragen war und die Partheien ſich nachträglich zur Wiederaufhebung entſchließen oder Eine von ihnen auf Grund des Geſetzes Redhibition, nicht aber vollſtändige Annullation, des Verkaufs erlangt? Hier verliert der Käufer das Eigenthum natürlich erſt durch wirkliche Retradition an den Pfandgläubiger. Das in der Zwiſchenzeit begründete Eigenthumsverhältniß wird nicht rückwärtshin aufgehoben, die vom Zwiſcheneigenthümer conſtituirten Laſten bleiben beſtehen. Da nun aber der Erwerber die Pfandſache nicht deren früherm Eigenthümer, ſondern dem Pfandgläubiger retradirt, ſo ſcheint dieſer das Eigenthum zu erwerben, etwa mit der Verpflichtung, die Sache wieder an den Verpfänder zurückzuübertragen. — Dies iſt gleichwohl nicht der Fall. Die Abſicht der Contrahenten, ſowohl des Käufers als des Gläubigers, geht bei der Rückübertragung nicht auf Begründung neuer Zuſtände, ſondern auf Wiederherſtellung der alten[7]).

Gegenleiſtung, die er machte, und die Kaufſache verlieren. Die Reſciſſion gilt demnach als unter der Bedingung ausgeſprochen, daß dem Käufer der ausgezahlte Kaufpreis zurückerſtattet werde oder daß, wenn er denſelben noch ſchuldet, der Subhaſtat ihn durch Zahlung der Steuerrückſtände befreit. Bis zu dieſem Moment iſt ja die Stadtgemeinde ſtets einſeitig befugt, von der erwirkten Reſtitution zurückzutreten und die Forderung aus dem Kaufpreis wieder gegen den Käufer geltend zu machen. cfr. noch Anton Faber rat. ad h. l. Huber eunomia p. 686. Glück Bd. 17 S. 95. Huſchke Zeitſchrift für geſch. Rechtsw. Bd. 14 S. 270.

7) l. 60 D. de aedilicio edicto 21, 1 facta redhibitione perinde omnia in integrum restituuntur atque si neque venditio intercessit. l. 23 § 7 D. eod.

Digitized by Google

Hierin liegt implicite eingeſchloſſen, daß auch die Tradition zu Gunſten des Verpfänders erfolgt, der Pfandgläubiger alſo für ihn erwirbt. So erklärt ſich die Entſcheidung von Paulus libro 3 quaestionum:

> l. 10 § 1 D. q. m. p. s. 20, 6. Creditor quoque si pignus distraxit et ex venditione recessum fuerit vel homo redhibitus, dominium ad debitorem revertitur. Idemque est in omnibus quibus concessum est, rem alienam vendere: non enim quia dominium transferunt, ideo ab emtore jus ejus recipiunt, sed in pristinam causam res redit resoluta venditione.

Es verſteht ſich, daß auch dem Creditor ſein Pfandrecht reſtituirt werden muß. Zweifelhaft aber kann die juriſtiſche Auffaſſung ſein. Es fragt ſich nämlich, ob das durch das Verkaufsgeſchäft beſeitigte Pfandrecht von ſelbſt wieder auflebt, als wäre es nie untergegangen, oder ob das Verhältniß in mehr künſtlicher Weiſe ſo zu denken iſt, daß der Käufer bei der Rückübertragung wie dem Verpfänder das Eigenthum, ſo dem Gläubiger das Pfandrecht neu conſtituirt, welches dieſer durch Uebertragung der Sache an den Käufer dereinſt verloren hat. Die letztere Auffaſſung ſcheint uns die richtige. Der Pfandgläubiger hatte ſein Pfandrecht ohne Vorbehalt aufgegeben, für alle Zeit bleibt es wahr, daß der Käufer einmal freier Zwiſcheneigenthümer geworden war. Die in jener Zeit von ihm conſtituirten dinglichen Rechte, etwaige Hypotheken können nicht nachträglich durch Wiederaufhebung des Pfandverkaufs leiden, wie dies doch nach der Gegenanſicht anzunehmen wäre.

Die Auffaſſung, daß das dem Pfandgläubiger wiederhergeſtellte Pfandrecht formell ein neues vom Zwiſcheneigenthümer herkommendes ſei, erregt ein Bedenken. Die Nachhypotheken, die ſeiner Zeit vom Verpfänder begründet waren, waren durch den Pfandverkauf, wie früher gezeigt wurde, nicht völlig erloſchen und können nach der Redhibition an den Verpfänder wieder geltend gemacht werden. Sollen ſie nun als von älterm Datum dem erſt durch den Zwiſcheneigenthümer bei der Retradition hergeſtellten Pfandrecht des Verkäufers vorgehen? Es iſt dies keine Conſequenz unſerer Anſicht. Der Zwiſchenkäufer ſelbſt ging jenen Nachhypothekarien vor und ebenſo kann auch der Gläubiger, der von dieſem ſeine Hypothek zurückempfängt, durch ſie nicht premirt werden. Für das Verhältniß zu den Nachhypothekarien macht es daher

Digitized by Google

keinen Unterſchied, ob wir das Pfandrecht des verkaufenden Primus als ein wiederauflebendes oder ein neubegründetes anſehen.

§ 117. Aufhebung auf Anſtehen des Verpfänders.

Der Verpfänder und ſein Succeſſor im Eigenthum hat das Recht, den Pfandverkauf, der ihm ſein Eigenthum entzieht, anzugreifen, einmal auf Grund eines vom Gläubiger zugefügten Vorbehaltes oder eines ſonſt dieſem entlehnten Rücktrittsrechts, dann aber auch in Folge eines der eignen Perſon zuſtehenden Rechtsprivilegs.

1) Die Gültigkeit eines Vorbehalts, wodurch der verkaufende Gläubiger dem Schuldner die Wiederaufhebung des Pfandverkaufs gegen Rückerſtattung der Kaufſumme offen hielt, erſchien urſprünglich um deßwillen als bedenklich, weil man nach den allgemeinen Principien des römiſchen Rechts für Dritte nicht ſtipuliren und obligatoriſche Anſprüche erwerben konnte. Man war daher zu dem Ausweg genöthigt, daß der Gläubiger ſich ſelbſt die Wiederaufhebung des Verkaufs gegen Rückgabe des Kaufpreiſes ausbedung und dieſen Anſpruch dem Schuldner cedirte [1]. Aber ſchon Julian hat den Vertrag, wodurch der Gläubiger dem Schuldner direct die Auslöſung vorbehielt, als gültig erklärt [2]. Das Intereſſe des Gläubigers bei dieſem Vorbehalt wurde dadurch begründet, daß er dem Verpfänder für möglichſt günſtigen Abſchluß verantwortlich iſt [3]. Allerdings gab Julian auch aus einem ſolchen Contract nur dem contrahirenden Gläubiger eine Klage, die er dann an den Verpfänder cedi-

---

1) Marcian libro sing. ad form. hyp. l. 7 pr. D de distr. pign. 20, 5. Si creditor pignus vel hypothecam vendiderit hoc pacto ut liceat sibi reddere pecuniam et pignus recuperare, an si paratus sit debitor reddere pecuniam, consequi id possit. Et Julianus libro undecimo Digestorum scribit, recte quidem distractum esse pignus, caeterum agi posse cum creditore ut si quas actiones habeat, eas cedat debitori. Sed quod Julianus scribit in pignore idem et circa hypothecam est.

2) Ulpianus libro 38 ad edictum. l. 13 pr. D. de pign. act. 13, 7. Si quum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emptorem, ut si solverit debitor pecuniam pretii emptori liceret, ei recipere rem suam: scripsit Julianus et est rescriptum ob hanc conventionem pigneratitiis actionibus tenere creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emptorem. Sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit aut in factum actione adversus emptorem agere. — Nach Lamprecht ad h. l. Gottingae 1780 aus lib. 28 ad edictum.

3) cfr. l. 8 § 3 D. mandati 17, 1.

Digitized by Google

ten mußte. Aber die ſpätere Jurisprudenz ging in doppelter Richtung hierüber hinaus.

Einmal gewährte Ulpian auch dem Verpfänder auf Grund jenes Vorbehalts eine directe perſönliche Klage, eine actio in factum gegen den Käufer. Die ſpätere claſſiſche Jurisprudenz erlaubte ſich überhaupt von dem Princip, wonach der Contract nur den Contrahenten ein Klagrecht giebt, in nicht wenigen Fällen abzugehen [4]). So wird von Diocletian — und wohl nicht zuerſt von ihm — dem Dritten, zu deſſen Gunſten ein Modus zugefügt war, eine Klage auf Erfüllung gegeben [5]). Noch wichtiger iſt, daß Ulpian dem Schuldner, welcher auf Grund des vom Gläubiger zugefügten Vorbehalts den Kaufpreis zahlte oder wenigſtens offerirte und deponirte, eine rei vindicatio zugeſtand [6]). Es brach ſich nach und nach in immer weiterem Maße die Anſicht Bahn, daß ſich die Bedingungen, die dem Verkaufscontract zu Gunſten des Verkäufers zugefügt ſeien, auf die Tradition übertrügen.

Nicht nur vertragsmäßig vorbehaltene Rechte auf Auflöſung des Pfandverkaufs kann der Verpfänder exerciren; auch ein geſetzlicher Anſpruch des Gläubigers auf Rückgabe, z. B. wegen laesio enormis, wäre dem Verpfänder auf deſſen Anſtehen zu cediren. Dies gilt aber nicht von einer Reſtitution, die der Pfandgläubiger, etwa wegen Minderjährigkeit, impetriren könnte.

2) Aus eignem Recht kann der Verpfänder oder ſein Succeſſor den ihm nachtheiligen Pfandverkauf anfechten, wenn ihm ein Reſtitutionsgrund zur Seite ſteht [7]).

Einige Detailfragen ſind zweifelhaft. In neuerer Zeit behauptet man meiſt, wegen Minderjährigkeit könne der Verpfänder den Pfandverkauf nur anfechten, wenn er ſelbſt das Pfand geſtellt habe, nicht wenn ein von ſeinem Erblaſſer verſetztes Pfand durch den Gläubiger

---

4) Mühlenbruch Ceſſion S. 96. Vangerow III. S. 308.

5) l. 3 C. de donat. quae sub modo 8, 55. — cfr. l. 8 C. ad exhib. 3, 42.

6) Faber error. pragm. I. dec. 22 err. 6 hält freilich die letzte Clauſel insbeſondere die Vindication für einen Tribonianismus.

7) Marcian libro sing. ad form. hyp. l. 7 § 1 D. de distr. pign. 20, 5 . . non potest rescindi venditio nisi minor sit annis viginti quinque debitor aut pupillus aut reipublicae causa absens vel in aliqua earum causarum erit, ex quibus edicto succurritur.

Digitized by Google

verkauft wird [8]). Wir halten dies in dieſer Allgemeinheit für unrichtig. Zwar ſcheint hiefür die l. 38 D. de minoribus 4, 4 von Paulus zu ſprechen. In dem dort behandelten Fall hatte der Erblaſſer eines Pupillen unter einer lex commissoria gekauft, er war während des Laufes der Friſt verſtorben und die Sache verfiel dem Käufer, weil die Tutoren des Pupillen rechtzeitige Zahlung verſäumten. Paulus erklärte ſich gegen das Begehren des Pupillen um Reſtitution und berief ſich hiefür auf den regelmäßigen Ausſchluß der Reſtitution gegen einen Pfandverkauf [9]). — Auch ſcheint das Edict wegen Reſtitution der Minderjährigen auf einen vom Gläubiger ausgehenden Pfandverkauf nicht zu paſſen; denn daſſelbe verſpricht Wiederaufhebung von nachtheiligen Geſchäften, die der Minderjährige ſchloß [10]), der Pfandverkauf iſt aber kein Geſchäft des Verpfänders.

Indeſſen hat die claſſiſche Jurisprudenz Reſtitution auch gegen Unterlaſſungen und Verſäumniſſe in Ausſicht geſtellt [11]); ſie haben ja nicht weniger, wie Geſchäfte, oft ihren Grund in jugendlichem Leichtſinn und Nachläſſigkeit; ſo daß ein Schutz als gerechtfertigt erſchien. Daher hat man dem Minderjährigen unſer Rechtsmittel gegen einen lädirenden Pfandverkauf nicht verſagt. Freilich hat man die Wiederaufhebung des Verkaufs nicht leichthin zugeſtanden, damit die Stellung des Pfandgläubigers nicht zu ſehr benachtheiligt werde und die Möglichkeit ſichern Kaufs nicht ganz verſchwinde; aber wo dringende Billigkeitsgründe für ſie ſprachen, hat man die Intereſſen des Mündels ſtets überwiegen laſſen [12]).

a) Die Reſtitution wurde ertheilt, wenn der Pfandgläubiger frau-

---

8) Savigny Syſtem Bd. 7 S. 152. cfr. Burchardi Reſtitution S. 229.

9) Paulus lib. 1 decret. . . Dicebam posse magis ea ratione restitui eam quod venditor denunciando post diem, quo placuerat esse commissum et pretium petendo, recessisse a sua lege videretur: non me movere, quod dies postea transisset, non magis quam si creditor pignus distraxisset post mortem debitoris die solutionis finita. vgl. auch not. 12.

10) l. 1 § 1 D. de minor. 4, 4 quod cum minore viginti quinque annis gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam.

11) Burchardi Reſtitution S. 92 ff.

12) l. 2 C. si adversus vendit pign. 2, 29. Diocletianus. Rem, quam a patre vestro quondam creditor ejus obligatam sibi distraxit, per aetatem vestram postulantium revocari desiderium non habet rationem: Quod juris est etiamsi extraneo successistis: nam si creditor non bona fide versatus est, ipsum magis vel tutores sive curatores . . . . . convenite. cfr. l. 4 C. de rebus alienis 4, 51.

Digitized by Google

dulos zu Werke ging und der Käufer mit ihm colludirte. Dies bezeugt über allen Zweifel hinaus:

> l. 2 C. de praediis et aliis rebus 5, 71. Imp. Gordianus. Non est vobis necessaria in integrum restitutio, si tutores vel curatores vestri possessionem licet pignori nexam vendiderunt sine decreto. Quodsi creditores id fecerunt ita demum juxta formam edicti beneficium tibi impertietur si fraudulenta venditione, participante consilio emtoris damnum tibi inflictum esse doceatur a. 239.

Hier ist nicht die Rede von einer gewöhnlichen Klage, sondern Ertheilung einer außerordentlichen Rechtswohlthat, einer Restitution. Und hierher gehört wohl Paulus sent. I. 9. § 8.

> Minor adversus distractiones eorum pignorum et fiduciarum, quas pater obligaverat, si non ita ut oportuit a creditore distracta sunt, restitui in integrum potest.

Auch die Vernachlässigung der Formen (Denunciation an den Schuldner, Präscription) galt als fraudulos und eben deßhalb mußte hier unsere Restitution Eingang finden, vorausgesetzt, daß der Käufer von der Vernachlässigung derselben wußte [13]).

Allerdings hat der Verpfänder im unterstellten Fall auch eine Klage — eine actio doli — gegen den Käufer. Doch war die Restitution vortheilhafter. Jene Klage war davon abhängig, daß der Pfandgläubiger vorher erequirt wurde; der Minderjährige kann den fraudulosen Käufer unmittelbar angehen [14]).

b) Auch dann gab man dem Minderjährigen Restitution, wenn der Schaden, der ihm durch den Pfandverkauf verursacht war, ein besonders großer und drückender war. Es trat hier das Bedürfniß der Restitution besonders hervor, es mochte aber auch der Gedanke von Gewicht sein, daß die Nichtabwendung eines beträchtlichen Schadens ihren Grund meist in einer besonders fehlerhaften Verwaltung des Vermögens des Minderjährigen haben wird.

---

13) a. Anf. Savigny l. c. S. 153 Anm. 9. „Das non ita ut oportuit deutet auf die vernachlässigte Form des Pfandverkaufs und hierbei hat das Recht der Anfechtung keinen Zweifel." Doch bemerkt bereits Schulting „si venditio non rite sit facta ipso jure res minori est salva und fährt fort vereor ne quae distinctius exposuerat Paulus male contraxerit Anianus. — cfr. noch l. 3 C. si adversus fiscum 2, 37.

14) oben S. 153.

Digitized by Google

Freilich hat man behauptet [15]), ein beträchtlicher Schaden komme wohl beim Verkauf eines gerichtlich capirten Pfands in Betracht, keineswegs bei der Veräußerung eines Conventionalpfands. Gewiß mit Unrecht [16]). Ulpian ſpricht zwar in der l. 9 D. de minor. 4, 4. lib. 11 ad edictum nur vom pignus ex causa judicati captum. Aber Diocletian überträgt den Satz auch auf den Verkauf, der vom Creditor ausgeht. l. 1 C. si adversus venditionem pignorum 2, 29.

> Etiam adversus venditiones pignorum, quae a creditoribus fiunt, minoribus subveniri (si tamen magno detrimento afficiantur) jampridem placuit: si igitur pignori captis praediis ac distractis enorme damnum ex hujusmodi venditione passos vos ostenderitis . . . auxilium restitutionis vobis impertietur.

Der Käufer handelt hier von einem Verkauf von Conventionalpfändern; nur dieſe wurden vom Gläubiger ſelbſt verkauft. Der Ausdruck praediis captis kann hiergegen nicht entſcheiden.

Daß der Minderjährige gerade um die Hälfte des Werths der Sache verkürzt ſein müſſe, wie Manche annehmen, iſt nicht gefordert; ohne Grund hat man die Reſciſſion des Kaufs wegen ſogenannter laesio enormis mit unſerer Beſtimmung in Verbindung gebracht. Die Frage der Zuläſſigkeit der Reſtitution aber fordert eine freiere Beurtheilung und verträgt eine ſo ſtraffe und äußerliche Regel nicht. Der Käufer wird übrigens durch angemeſſene Nachzahlung die Reſtitutionsanſprüche des Minderjährigen abwehren können. Die Grenzen, welche der Reſtitution eines Minderjährigen gegen den Pfandverkauf gezogen ſind, gelten auch für die Reſtitution der Gemeinden, deren Güter auf dem Weg der Pfanddiſtraction veräußert wurden, ſowie anderer Corporationen, denen das Geſetz und die Praxis gleiches Reſtitutionsrecht, wie den Minderjährigen, beilegte.

---

15) Savigny Bd. 7 S. 272.

16) Gar nicht hierher gehört aber die auch von Savigny hierhergezogene l. 49 D. de minor. 4, 4. Si res pupillaris vel adolescentis distracta fuerit, quam lex distrahi non prohibet: venditio quidem valet, verum tamen si grande damnum pupilli vel adolescentis versatur etiamsi collusio non intercessit, distractio per in integrum restitutionem revocatur. Es iſt hier weder vom Verkauf eines conventionellen, noch eines judiciellen Pfands die Rede, ſondern von einem Verkauf von Mobilien oder Häuſern durch den Vormund oder den Mündel ſelbſt. cfr. l. 7 § 8 D. h. t. 4, 4.

Digitized by Google

Dagegen ist der Restitutionsanspruch der Personen, welche ohne Dolus in Staatsgeschäften abwesend waren, sowie Anderer, welche das Edict und die Interpretation gleichstellt, ein weit ausgedehnterer. Ihnen versprach von vornherein der Prätor Wiedereinsetzung, nicht gegen Geschäfte, sondern gegen Versäumnisse [17]). Nur eine Anwendung allgemeiner Grundsätze enthält daher folgendes Rescript von Valerian:

> l. 6 C. de restitutionibus militum et eorum, qui reipublicae causa absunt 2, 51. Si cum militaribus laboribus operam dares, creditoris tui heredes possessiones sibi obligatas distraxerunt, poteris adito praeside provinciae in integrum restitutionem impetrare retractataque venditione recipies possessiones, oblato ante debito vel pretio, si minus debito fuisset . . . a. 255.

Die Restitution der Abwesenden ist also ohne Nachweis einer Collusion des Gläubigers mit dem Käufer, ohne Rücksicht auf einen aussergewöhnlichen Schaden zulässig. Doch wird sie regelmäßig nur ertheilt werden, wenn der Verpfänder nichts in der Bestellung eines Procurators versäumt hat, wenn z. B. seine Abreise so eilig sein mußte, daß man einen solchen nicht aussuchen konnte oder wenn der Procurator in seiner Abwesenheit verstarb, ohne daß man ihn ersetzen konnte [18]).

Was nun die Wirkungen der Restitution betrifft, so erhält natürlich der Verpfänder sein Eigenthum zurück, dagegen muß er dem Käufer den Kaufpreis zurückerstatten, den dieser für die Pfandsache leistete; deßgleichen Zinsen, insoweit sie sich nicht mit den gezogenen Früchten compensiren [19]).

Zweifelhaft könnte folgender Fall sein. Es wird die Pfandsache eines Minderjährigen pfandrechtlich verkauft, hierbei eine hyperocha erzielt, immerhin aber der Minderjährige durch den Verkauf lädirt; der Gläubiger hat dem Minderjährigen die hyperocha auch eingehändigt, die dieser aber leichtsinniger Weise consumirt. Muß der Minderjährige, wenn er dem Pfandkäufer gegenüber Restitution sucht, diesem den vollen von ihm eingezahlten Kaufpreis, also auch den Betrag jener bereits

---

17) l. 1 § 1 D. ex quibus causis majores 4, 6 „si quid de bonis diminutum erit."

18) l. 26 § 1 l. 28 pr. D. ex quibus causis maj. 4, 6. Das Genauere gehört nicht in die Lehre vom Pfandrecht.

19) l. 27 § 1 D. de min. 4, 4. Paul. I. 9 § 7.

Digitized by Google

conſumirten hyperocha zurück erſetzen? Hätte er dem Käufer direct verkauft und den eingenommenen Kaufpreis verthan, ſo hätte er namentlich dann denſelben nicht zu reſtituiren, wenn der Käufer ſeinen Leichtſinn gekannt hat[20]). Dies kann aber hier keine Anwendung finden, wo der Minderjährige mit dem Käufer direct kein Geſchäft geſchloſſen hat. Er hat dieſem den geſammten Kaufpreis zurückzugeben. Wohl aber kann er gegenüber ſeinem Pfandgläubiger, der ihn als Verſchwender kannte, Reſtitution gegen die Auszahlung der hyperocha fordern. Dieſer muß ſie alſo unter Umſtänden zum zweitenmal erſetzen. Von allgemeinerer Bedeutung iſt die Frage, ob der Pfandgläubiger an der Reſtitution Theil nehmen kann, die der Verpfänder erwirkt? Der Pfandgläubiger hat dann Intereſſe einzutreten, wenn der Erlös ſeine Forderung nicht vollſtändig deckte und etwa der Werth der Pfandſache nach dem Verkauf ſtieg. Gleichwohl finden wir keinen Grund, ihn an den Vortheilen der Reſtitution participiren zu laſſen. Die Reſtitution vollzieht ſich ausſchließlich zwiſchen dem Pfandkäufer, der die Sache und dem Verpfänder, der das Kaufpretium zurückgiebt. Der Gläubiger behält den erlegten Kaufpreis, er hat ſich einmal mit demſelben ſtatt des Pfandes zufrieden gegeben. Unzweifelhaft iſt dies in dem Fall, in dem gerade ein Dolus des Pfandgläubigers die Veranlaſſung der Reſtitution bildet. Hingegen können die Nachhypothekarien, die eben nur dem Vorhypothekar und deſſen Abkäufern nachſtanden, dem reſtituirten Verpfänder gegenüber ihre Rechte von ſelbſt wieder geltend machen.

Viertes Kapitel.

Vom Zuſchlag der Pfandſache an den Creditor.

§ 118. Das Verfahren und die Wirkungen[1]).

Fand das Pfand keinen annehmlichen Käufer, dann fehlte es urſprünglich im gewöhnlichen Weg Rechtens an einem Mittel, die Sache zur Erledigung zu bringen. Der Pfandgläubiger war, wie wir früher zeigten, nicht im Stand, ſich das Pfand um angemeſſenen Preis zuzuſchlagen.

---

20) l. 24 § 4 D. de minor. 4, 4.

1) Glück Bd. 19 S. 403 ff. Reinhardt vermiſchte Aufſätze n. 16. Müller ein.

Digitized by Google

Doch drängte das Bedürfniß zu einem Abſchluß. Daher wendete man ſich an den Kaiſer, der das Verhältniß gleichſam durch ein Specialgeſetz ordnete [2]). Was zuerſt etwas Singuläres war und nur in beſonders auffallenden Fällen vorkam, wurde allmählig ein regelmäßiger Ausweg. So ſtand die Sache bereits in der ſpätern claſſiſchen Zeit; wir dürfen annehmen, daß ſich das Inſtitut des Zuſchlags in der an Rechtsbildungen ſo reichen Zeit der ſpätern Antonine conſolidirte. Alexander Sever behandelt es in einer Verordnung von 229 als ein regelmäßiges Rechtsmittel, Ulpian, Tryphoninus, Paulus [3]) gedenken ſeiner in Werken, die etwa unter Caracalla geſchrieben ſind, ſie heben einzelne Seiten des Inſtituts hervor und ſuchen es caſuiſtiſch auszubilden. Dagegen fehlen ſichere Spuren aus den Zeiten vor Caracalla.

Die ausführlichſten Beſtimmungen giebt Juſtinian in der l. 3 C. de jure dominii impetrando 8, 34 vom Jahre 530. Die Regulative über die äußeren Formalien in dieſer Verordnung enthalten zum guten Theile Neuerungen; die materiellen Rechtsbeſtimmungen ruhen vor wie nach weſentlich auf der Baſis des claſſiſchen Rechts.

1). Welche Formalien in der claſſiſchen Zeit gefordert wurden, iſt heute nicht mehr zu ermitteln. Juſtinian ſpricht von einer proscriptio publica, die vor Zeiten in pignoribus, quae jure dominii possidere aliquis cupiebat nothwendig war; er beſeitigt ſie aber als längſt aus dem Leben verſchwunden, ohne ſie weiter zu charakteriſiren. Er ſelbſt verlangt vor Allem den Verſuch des Pfandverkaufs, der freilich — in Ermangelung beſonderer Verabredung — erſt zwei Jahre nach der Aufforderung zur Zahlung möglich war. Bleibt dieſer Verſuch fruchtlos, indem gar kein oder — dürfen wir hinzuſetzen — kein annehmbares Gebot eingelegt wurde [4]), ſo iſt noch einmal eine Mahnung an den Schuldner zu erlaſſen.

Ueber dieſe Mahnung verbreitet ſich der Kaiſer ausführlichſt, doch

---

Abhandl. n. 3 S. 117 ff. Fritz Erläuterungen Bd. I. S. 479 ff. Bachofen Pfandr. S. 624 ff. Baugerow § 381.

2) l. 3 § 2 C. h. t. 8, 34 si nemo comparare voluerit et necessarium fiat creditori saltem jure dominii id possidere.

3) Ulpian l. 5 § 3 D. de rebus eorum 27, 9. l. 24 pr. D. de p. a. 13, 7. Tryphoninus l. 6 § 4 D. de a. r. d. 41, 1. Paulus l. 59 D. ad S. C. Trebell. 36, 1. — Die l. 101 pr. D. de leg. III. von Scävola kann auf eine durch den Schuldner zugefügte lex commissoria bezogen werden.

4) arg. l. 2 C. si in causa judicati 8, 23: emtore non exsistente vel existente quidem, sed non dignum pretium offerente.

Digitized by Google

keineswegs unzweideutig. Iſt der Schuldner anweſend [5]) — wohl gemeint in ſeinem gewöhnlichen Domicil — ſo muß der Creditor ſelbſt ihn zur nochmaligen Zahlung mündlich oder ſchriftlich auffordern, natürlich unter der Androhung, daß er ſich ſonſt den Zuſchlag erbitten werde. Bei Abweſenheit des Schuldners ſoll der Creditor das Provincialgericht angehen. Dieſes ſoll den Schuldner innerhalb einer feſtzuſtellenden Friſt requiriren und eine weitere eventuelle — vom Augenblick der Auffindung deſſelben und der Inſinuation des Decrets laufende Friſt ſetzen, innerhalb deren der Schuldner Auslöſung des Pfands vorzunehmen hat. Iſt er nicht zu finden, ſo wird ihm noch einmal eine äußerſte Friſt durch Edictalien anberaumt [6]).

Blieb Alles ohne Erfolg, ſo wendet ſich der Creditor an den Princeps mit der Bitte um Zuſchlag des Pfands gegen deſſen Sachwerth. In ſeiner Vorſtellung ſollte der Petent, wie aus einer Conſtitution von Alexander l. 1 C. h. t. zu erſehen iſt, die Namen des Schuldners angeben und declariren [7]), daß die Formalien vollzogen ſeien. In derſelben Verordnung iſt beſtimmt, daß der Gläubiger nicht Zuſchlag des Geſammtvermögens des Schuldners in Bauſch und Bogen fordern, vielmehr ſtets nur das Eigenthum einzelner, namentlich bezeichneter Objecte verlangen könne.

2) Die Wirkung des Zuſchlags iſt Verleihung des Eigenthums an den impetrirenden Pfandgläubiger.

Und zwar datirt der Erwerb mit dem Datum des Reſcripts [8]); es iſt nicht entſcheidend der Moment ſeiner Inſinuation an den Gläubiger; er bildet ein Geſetz, das ſich im Moment der kaiſerlichen Unterſchrift perficirt. Daß der Gläubiger, der den Zuſchlag erwirkte, bereits beſaß, wird als Regel unterſtellt [9]); wäre er aber nicht im Beſitz des zugeſchlagenen Objects geweſen, ſo würde er doch wohl durch das kaiſerliche

5) l. 199 D. de V. S. 50, 16.

6) sive abfuerit provinciale tribunal creditor petat et judicem certiorare festinet, quatenus ille eum requisierit: certo tempore super hoc ab eo statuendo, ut fiat debitori manifestum per apparitionem judicis, quod a creditore petitum est et certum tempus statuatur intra quod, si fuerit inventus, debet qui pecunias creditas accepit debitum offerre et pignus luere.

7) verb. significare Müller l. c. S. 115 erklärt „beſcheinigen". cfr. aber l. 11 C. de furtis 6, 2. l. 4 § 4 D. de offic. proc. 1, 16. l. 65 D. de proc. 3, 3 u. a. a. O.

8) l. 3 § 3 C. h. t.

9) vgl. die not. 3 cit. Stellen l. 1. l. 2. l. 3 C. h. t. 8, 34.

Digitized by Google

Reſcript — das zugleich Geſetz iſt — auch ſchon vor Erwerb des Beſitzes Eigenthümer und könnte ſich den Beſitz durch Vindication verſchaffen. Das Eigenthum, das der Kaiſer verlieh, war gleichwohl ſeiner Form nach in claſſiſcher Zeit nicht quiritariſches, ſondern bonitariſches; darauf deutet wenigſtens die Formel ut jure dominii possideat.

Der Zuſchlag erfolgt nicht unbedingt. Dem Schuldner iſt noch eine Löſefriſt vergönnt. Schon in claſſiſcher Zeit fixirte ſich die Löſefriſt auf ein Jahr [10]), Juſtinian verlängerte dieſelbe auf das Doppelte. Der Gläubiger kann aber im Fall der Auslöſung nicht nur Capital und Zinſen fordern; er darf auch verlangen, daß ihm aller Schaden vergütet werde, den er durch die Zögerung erleidet; ja er kann nach Juſtinians Beſtimmung deſſen Höhe durch ſeinen Eid fixiren [11]).

Nicht zweifellos iſt, ob der Vorbehalt der Löſung einen reſolutiven oder ſuſpenſiven Charakter hat. Die claſſiſchen römiſchen Juriſten haben ihn, wie uns ſcheint, als ſuſpendirend angeſehen [12]); im juſtinianeiſchen Recht erhielt er einen reſolutiven Charakter:

l. 3 § 3 C. h. t. . . . Et postquam hoc fuerit subsecutum, pietatis intuitu habeat debitor intra biennii tempus in

10) l. 3 pr. C. h. t. proscriptio publica et annus luitionis introducti sunt.

11) l. 3 § 3 C. cit.

12) Es ſpricht hiefür die Ausdrucksweiſe Tryphonins in der intereſſanten l. 63 § 4 D. de a. r. d. 41, 1. Hier wird der Fall erörtert, in welchem nach dem Zuſchlag aber während der Löſungsfriſt auf dem zugeſchlagenen Grundſtück ein Schatz gefunden wird. Der Juriſt behandelt das Verhältniß nach den drei hier in Betracht kommenden Conſtellationen, einmal für die Schwebezeit, dann für den Fall, in dem die Löſung ausbleibt, endlich unter der Vorausſetzung, daß ſie rechtzeitig erfolgt. Der Juriſt ſpricht ſich für die Schwebezeit dahin aus: intra constitutum luendi tempus pignoris causa vertitur. Noch alſo ſieht er nicht den Gläubiger, vielmehr den Verpfänder als Eigenthümer an. So konnte er nur ſchreiben, wenn er die Bedingung als eine ſuſpenſive betrachtete. Zur Unterſtützung ließe ſich noch anführen l. 5 § 3 D. de rebus eorum, qui sub tutela 27, 9. Si tamen impetraverat pupillus vel pater ejus, ut jure dominii possideat, consequens erit non posse distrahi, quasi praedium pupillare. Nur von der Zeit vor Ablauf der Löſungsfriſt kann hier die Rede ſein; denn nachher hat dies dem Pupillen zugeſchlagene Gut keine andere Qualität, wie jedes andere Vermögensſtück des Pupillen, es konnte daher für die ſpätere Zeit die Frage nach der Zuläſſigkeit der Veräußerung gar nicht entſtehen. Man kann nun ſchließen, da Ulpian für jene Zeit das Grundſtück als quasi pupillare bezeichne, alſo es mit einem Pupillengrundſtück nur vergleiche, unterſtelle er, daß es ſtrenggenommen noch nicht im Eigenthum des Pupillen ſtehe, wie dies bei einer Reſolutivbedingung der Fall wäre. Dies Raiſonnement iſt aber um deßwillen nicht entſcheidend, weil quasi auch in der Bedeutung „in der Eigenſchaft als pupillare" gebraucht ſein kann.

Digitized by Google

suam rem humanum regressum . . . et liceat creditori, qui jam dominus factus est, offerre debitum cum usuris . . . sin autem biennium fuerit elapsum, plenissime rem habeat creditor idemque dominus jam irrevocabilem factam.

Der Rücktritt, den man dem Debitor gestattete, war dem Creditor, zu dessen Gunsten der Zuschlag erfolgt ist, nicht zu versagen; er konnte innerhalb gleicher Frist, wie der Schuldner durch einfache Erklärung vom Erwerb zurücktreten und Forderung und Pfandrecht wieder geltend machen. Auch indirect konnte die Erklärung des Rücktritts erfolgen:

l. 2 C. de jure dominii impetrando 8, 34. Imperator Gordianus A. Justae. Si creditor . . . pignus jure dominii a nostra serenitate possidere . . . petiit et post formam rescripti alio anno usuras a vobis accepit, a beneficio imperiali recessisse videtur.

Die Annahme von Zinsen für die Zeit nach Erlaß des Rescripts involvirt das Fortbestehen der Forderung. Dieses setzt voraus, daß der Creditor vom Zuschlag zurückgetreten sei. Nur dann kann in solcher Annahme dieser Willensentschluß nicht gefunden werden, wenn der Creditor, etwa ein Erbe dessen, der den Zuschlag impetrirt hatte ohne Kenntniß desselben geblieben war.

Inneren Zusammenhang mit diesem Rücktrittsrecht hat die Bestimmung Justinians, wonach der Gläubiger, der zum Verkauf der zugeschlagenen Sache schreitet, die erlöste hyperocha herauszugeben hat, das Fehlende aber nachfordern kann [13]). Dem Wortlaut nach könnte man geradezu glauben, der Zuschlag werde sogar durch einen Verkauf Seitens des Gläubigers nach der Lösungsfrist wieder aufgehoben [14]). Dergleichen läßt sich indessen nicht als Absicht Justinians unterstellen [15]).

---

13) l. 3 cit. § 5 Sin vero creditor postquam jure dominii hoc possideat, vendere hoc maluerit, liceat quidem ei hoc facere, si quid autem superfluum sit, debitori servare. Sin autem dubitatio exorta fuerit pro venditione utpote viliore pretio facto, sacramenti religionem creditor praestare compellatur, quod nulla machinatione vel circumscriptione usus est . . sin autem ex jurejurando minus habuisse creditor inveniatur, in residuum habeat integram actionem.

14) Glück l. c. Bd. 19 S. 406.

15) So auch Sintenis Pfandr. S. 531. Puchta Vorles. § 206

Digitized by Google

Einmal muß das Verhältniß zu Ende gehen. Was hülfe der Zuſchlag, wenn ſich der Creditor noch nach Jahrzehnten im Fall des Verkaufs mit dem Verpfänder zu berechnen hätte. Auch dem Verpfänder, der ſich als befreit anſieht, wäre eine ſolche Rechtsgeſtaltung gefährlich.

Das Recht des Zuſchlags iſt nach einigen Richtungen hin noch ſpecieller zu beſtimmen:

a) Es erhebt ſich die Frage, wen die Gefahr des zufälligen Untergangs durch Erdbeben, Waſſergewalt u. dergl. während der Löſungsfriſt trifft. Richtiger Anſicht nach den Verpfänder. Es iſt eben dem Gläubiger noch der Rücktritt freigeſtellt, den er bei ſo bewandten Umſtänden nicht verſäumen wird, geltend zu machen. Dies iſt auch billig, da der Schuldner umgekehrt ſich im Fall des Steigens des Werthes oder ſonſtiger Verbeſſerung durch Auslöſung des Objects den Vortheil der Zwiſchenzeit aneignen kann.

b) In Folge des Zuſchlags erhält der Gläubiger — dies iſt eine der wichtigſten Seiten des Inſtituts — keineswegs die Stellung, wie wenn er die Pfandſache vom Schuldner gekauft hätte. Sonſt müßte er ſich ja nach Ablauf der zweijährigen Friſt immer noch die Auslöſung von den Nachhypothekarien gefallen laſſen [16]). Vielmehr iſt die Lage des Gläubigers nach dem Zuſchlag durchaus die eines Pfandkäufers [17]). Hiervon iſt die Folge, daß der Gläubiger die nach der Verpfändung vom Schuldner noch bewilligten dinglichen Rechte, Servituten wie Pfandbeſtellungen nicht anzuerkennen hat.

c) Die Pfandſache wird dem Creditor nicht anſtatt ſeiner Forderung, ſondern nach ihrem Werth zugeſchlagen [18]). Dies beſtimmt Juſtinian l. 3 cit. — auch hier wohl nur eine Norm des claſſiſchen Rechts wiederholend. Der Schuldner hat daher den nicht gedeckten Theil ſeiner Schuld nachzuzahlen; der Gläubiger erhält dagegen, wenn der Sachwerth die verſicherte Forderung überſteigt, nur Miteigenthum zu einem ideellen Theil nach Maßgabe des Verhältniſſes ſeiner Forderung zum Werthüberſchuß. Um dieſer vielleicht läſtigen Gemeinſchaft zu ent-

16) Während der Löſungszeit können natürlich noch die Nachhypothekarien offeriren.

17) Brinz Pand. I. S. 359 „der einzige Fall, wo der Gläubiger nicht als Verkäufer, ſondern als Käufer das Pfand frei macht."

18) Daß eine Taxation vorhergegangen ſein müſſe, iſt nach römiſchem Recht nicht erforderlich. Müller l. c. S. 117. Bangerow Pand. I. § 381 2).

Digitized by Google

gehen, ſteht ihm der Auskauf frei, durch Angebot an den Schuldner reſp. die Nachhypothekarien oder die Concursmaſſe des Schuldners [19]).

Die Schätzung der zugeſchlagenen Sache und damit die Ausrechnung des Antheils, der dem Gläubiger überwieſen iſt, geſchieht nicht direct durch das kaiſerliche Büreau, ſie erfolgt auch nicht ohne Antrag von Amtswegen. Vielmehr geſchieht ſie vom gewöhnlichen Richter auf Anrufen der Parthei, welche bei der Ausſchätzung ein Intereſſe zu haben glaubt. Es kann daher vorkommen, daß die Schätzung erſt nach längerer Zeit gefordert wird. Welcher Zeitpunkt wäre hier zu Grunde zu legen, der Moment, in welchem ſie vorgenommen wird oder der Augenblick der Ausfertigung des Reſcripts? Das letztere erſcheint als das Conſequente; der Kaiſer theilte dem Gläubiger Eigenthum an der Sache nach dem Verhältniß ihres Werths im Moment der Ausfertigung zu: dem Richter liegt nur eine Ausrechnung ob [20]).

d) Welche Rechte hat der Gläubiger, wenn die ihm durch kaiſerliches Reſcript zugeſchlagene Sache einem Dritten gehörte und von dieſem nach Perfection des Zuſchlags evincirt wurde? Zwei Syſteme ließen ſich hier — wie bei einer datio in solutum — denken.

Man könnte annehmen, die Tilgung der Forderung ſei nur unter der Vorausſetzung gewollt und geſchehen, daß die in solutum gegebene Sache ins unangreifbare Eigenthum des Gläubigers komme; da nun dieſe Vorausſetzung nicht eingetreten ſei, ſo lebe die urſprüngliche Forderung wieder auf [21]). Dieſe Auffaſſung hätte für den Creditor Vor-

19) § 4.. Et ne ex communione fiat aliqua difficultas, licentia dabitur creditori seu domino aestimationem superflui debitori vel creditori debitoris „cum competente cautela in eum exponenda“ offerre. Die hervorgehobenen Worte ſind räthſelhaft; ſie bedeuten vielleicht: der Nachhypothekar, der ſich meldet, hat vor dem Empfang Caution darüber zu ſtellen, daß er wirklich eine Forderung an den Schuldner und zwar die nächſtzubefriedigende habe; die Caution ſoll alſo den creditor gegen einen künftigen Angriff des Schuldners decken. Anders Weſtphal § 197. Glück l. c.

20) Dagegen ſpricht nicht l. 3 § 6 aestimationem autem pignoris donec apud creditorem eundemque dominum permaneat.. judicialis esse volumus esse disceptationis. Der Kaiſer handelte vorher (§ 5) von dem Fall des Rücktritts vom Reſcript und fährt dann fort: Die Schätzung für den Fall, daß die Sache beim Creditor verbleibt, ſoll eine richterliche ſein. Welcher Zeitpunkt hierbei zu Grunde zu legen iſt, darüber erklärt er ſich nicht.

21) So l. 46 D. de solut. 46, 3 (Marcian) die l. 8 C. de sentent. et interloc. 7, 45 von Diocletian bezeugt wenigſtens nicht ausdrücklich das Wiederaufleben der alten Forderung, wenn ſie auch dem ehemaligen Creditor einen Anſpruch ob debitum reddendum giebt, der auch mit der actio emti geltend gemacht werden kann.

Digitized by Google

theile, wenn die ursprüngliche Forderung noch durch Bürgen, andere Pfänder versichert wäre, deren Haftbarkeit nun wieder einträte. Man kann aber auch von der Ansicht ausgehen, der Creditor hat statt seiner Forderung den Anspruch auf die Sache erworben. Jene ist für immer getilgt, dagegen hat er Eigenthum, wenn die zugeschlagene Sache dem Schuldner gehörte, Evictionsansprüche, wenn dies nicht der Fall ist. In Folge dieser Ansicht ist der Gläubiger nicht darauf beschränkt, den ursprünglichen Schuldbetrag zu fordern, er kann den Mehrwerth der Sache, sein volles Interesse an dem Erwerb in Anschlag bringen [22]).

Jede dieser beiden Anschauungen hatte ihre Vertreter unter den römischen Juristen. Dagegen halten wir die Meinung Neuerer für unrichtig, daß der Creditor in concreto die Wahl gehabt habe, ob er die Geltendmachung der alten Forderung oder einen Evictionsanspruch wolle. Hierin liegt eine äußerliche und unhaltbare Vermittlung entgegengesetzter Ansichten. Wir selbst schließen uns letzterer Ansicht an. Die Absicht des Creditors ist, das alte Verhältniß abzuschneiden, auf einen Neuerwerb gerichtet. So entscheidet Ulpian speciell hinsichtlich unseres Verhältnisses:

> Et videtur finita esse pignoris obligatio et a contractu recessum. Immo utilis ex empto ei accommodata est, quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfiat vel in quantum ejus interest [23]).

Das ursprüngliche Schuldverhältniß ist untergegangen. Der Creditor erhält aber eine utilis ex emto auf den Schuldbetrag oder vielmehr (vel) auf Ersatz seines vollen Interesses. Diese Verbesserung, die Ulpian zufügt, erklärt sich folgendergestalt. Wird eine gekaufte oder zugeschlagene Sache evincirt, so erscheint die Kauf- oder Anschlagsumme zunächst als Betrag des Schadens des Creditors; dieser kann mindestens sie ohne weitere Belege fordern. Kann aber der Creditor ein höheres Interesse beweisen, so ist ihm dies verstattet; ebenso kann der Debitor den Gegenbeweis übernehmen, daß der Schaden des Erwer-

---

22) l. 15 D. quibus ex causis 42, 4 (Ulpianus) l. 4 C. de evict. 8, 45 (Antoninus).

23) Der Jurist fährt noch fort: et compensationem habere potest, si forte pigneratitia vel ex alia causa cum eo agatur. Er scheint zu denken, der Creditor hatte noch andere Pfänder, die er culposerweise beschädigte oder vernichtete und compensirt auf diesen Entschädigungsanspruch mit seiner Evictionsklage.

Digitized by Google

bers — wegen Sinken des Güterwerths — in concreto unter dem urſprünglichen Kaufpreis ſteht [24]). Uebrigens findet die ordentliche Theorie der Eviction durchgängige Anwendung. Der Gläubiger muß dem Verpfänder litem denunciren. Die Eviction muß aus einem dem Zuſchlag vorgehenden Grund erfolgen.

e) Auch der Bürge des Schuldners, dem, wie dem Gläubiger ſelbſt, nicht geſtattet iſt, die Pfänder auf dem Weg des gewöhnlichen Pfandkaufs zu erwerben, kann ſich dieſelben vom Regenten zuſchlagen laſſen. Ein merkwürdiges Beiſpiel giebt Modeſtinus lib. 4 resp.

> l. 26 D. de pignoribus 20, 1. Fidejussor impetravit a potestate ut et antequam solveret, pignora ipse possideat, quasi satisfacturus creditoribus nec satisfecit. Modo heres debitoris paratus est solvere creditoribus. Quaero an pignora fidejussor restituere cogendus sit? Modestinus respondit: cogendum esse.

Auffallend iſt, daß nach dieſer Darſtellung der Zuſchlag nicht „a principe“ ausgehe, ſondern „a potestate“ [25]), was auf die Thätigkeit eines Magiſtrats hindeutet. Der Ausdruck hat hier wohl den Sinn „zuſtändige Obrigkeit“ und erklärt ſich vielleicht dadurch, daß hie und da das Recht des Zuſchlags vom Princeps den Provincialmagiſtraten delegirt wurde.

Der Fall ſelbſt, den Modeſtin darſtellt, lag folgendergeſtalt. Der Bürge hatte ſich den Zuſchlag der Pfandſache vor wirklicher Befriedigung des Gläubigers zu verſchaffen gewußt und dieſe nachher — obgleich er ſie natürlich in Ausſicht geſtellt hatte — unterlaſſen. Nachdem die im Reſcript dem Schuldner geſteckte Löſungsfriſt abgelaufen war [26]), erklärte ſich der Erbe des Schuldners bereit, die Schuld zu zahlen und warf die Frage auf, ob er ſich hierdurch die Pfänder vom Bürgen zurückverſchaffen könne? Der Juriſt bejaht dies. Denn es gilt als ſtillſchweigende Bedingung des Zuſchlags an den Bürgen, daß dieſer den

---

24) So vereinigt ſich unſere Entſcheidung mit der von l. 70 D. de evict. 21, 2. vgl. übrigens unſere Erörterung oben S. 198.

25) cfr. l. 3 § 1 D. de rebus 27, 9 pignori capi jussu magistratus vel praesidis vel alterius potestatis ... potest. — Cujacius ad h. l. (responsa Modestini vol. VI. p. 649) verändert potestate in principe. Die Baſiliken XXV. 2 c. 26 müſſen nicht ſo geleſen haben, ſie ſchreiben κατὰ ψῆφον (ex sententia).

26) Daß, wie Cujacius l. c. behauptet, das Löſungsrecht nur dem Verpfänder ſelbſt, nicht deſſen Erben zuſtand, läßt ſich nicht erweiſen.

Digitized by Google

Creditor abzahle. Kommt ihm der Schuldner hierin zuvor, ſo fällt der Zuſchlag zuſammen.

Ein Reſcript über den Zuſchlag und zwar an einen Bürgen, findet ſich mitgetheilt bei Caſſiodor (var. lib. V. epist. 7 cfr. epist. 6). Dieſes Reſcript iſt bei Gelegenheit folgender Verhältniſſe erlaſſen. Ein gewiſſer Thomas hatte den Pacht von kaiſerlichen Grundſtücken in Apulien übernommen und war durch ſchlechte Wirthſchaft in einen Rückſtand von 10,000 solidi gekommen. Sein Schwiegerſohn Johannes hatte Bürgſchaft für ihn geleiſtet[27]); er verlangte jetzt, indem er ſich bereit zur Schuldzahlung erklärte, den Zuſchlag von deſſen ganzem Vermögen, das ja dem Fiscus in Folge des Geſetzes verpfändet war. Die Antwort lautet in ihrem dispoſitiven Theil:

> sub hac conditione tibi universam substantiam, quam vel nunc tenet vel primo tempore possidebat cum nostris rationibus obnoxius esse jam coeperat, Thomatis debitoris addicimus — quam pridem nostro nomine fixis titulis fecimus vindicari. hoc tantum humanitatis intuitu relaxantes, ut usque ad Kal. Sept. spatium habeat reddendi debitam quantitatem; minusve cum ad supradictam diem tu pecuniam viro illustri comiti patrimonii nostri quae debetur intuleris, facultas ejus universa sicut diximus tuis compendiis applicetur.

Es finden ſich hier einige nicht unbeträchtliche Abweichungen vom gewöhnlichen Recht. Dem Gläubiger wird der Zuſchlag des Geſammtvermögens des Schuldners zugeſtanden, welchen Alexander in dem obenangeführten Reſcript für ungebührlich und unzuläſſig erklärt. Der Termin für die Löſung iſt ein nach dem concreten Verhältniß fixirter und nicht ein Jahr, was Juſtinian als regelmäßige Dauer der alten Löſungsfriſt bezeichnet. Dagegen iſt es nichts Anomales, daß der den Zuſchlag Erwerbende noch nicht im Beſitz der Pfandſache war und ſich denſelben erſt zu verſchaffen hat.

Die bisherige Darſtellung zeichnete das reine römiſche Recht. Im modernen Verfahren ging die Veränderung vor, daß die Eigenthumsverleihung an den Gläubiger, inſoweit ſich das Inſtitut überhaupt er-

---

27) Dies geht aus mehreren Aeußerungen hervor, ſo (epist. 7) nec patimur de damno proprio esse sollicitos, qui nos a dispendiis fecere securos.

Digitized by Google

hielt, nicht mehr vom Regenten, ſondern vom zuſtändigen Gericht erfolgte. Dies war eine Folge germaniſcher Rechtsanſchauungen, wonach in dem Zuſchlag des Pfands an den Gläubiger keineswegs etwas Außerordentliches lag, was ein ſpecielles Eingreifen der höchſten Staatsgewalt forderte, vielmehr ein natürliches und unbedenkliches Auskunftsmittel enthielt. Dieſe Ueberweiſung an die Gerichte conſtituirt nicht bloß eine äußerliche Umbildung des Mechanismus, ſie giebt dem Inſtitut eine weſentlich veränderte Stellung. Zeigt ſich ſchon im römiſchen Recht die Tendenz, was urſprünglich ſpecieller Gnadenact war, in ein ſtändiges Rechtsmittel umzuwandeln, ſo iſt dieſer Fortſchritt nun vollendet und der Zuſchlag in die Reihe der ordentlichen privatrechtlichen Inſtitute eingetreten.

Fünftes Kapitel.

Verkauf des pignus in causa iudicati captum.

§ 119. Verfahren [1]).

Der Verkauf der Conventionalpfänder und der Verkauf des Urtheilspfands ſtehen in ihrer äußern Weiſe, wie nach ihren Grundgedanken in ſcharfem Gegenſatz. Der Verkauf des Privatpfands war in Rom einzig Sache des Gläubigers, der ſein Intereſſe verfolgte, ohne daß die Obrigkeit irgendwie hierbei intervenirte. Der Verkauf des Urtheilspfands hingegen fiel einzig der Obrigkeit anheim, die hierbei keineswegs als Mandatar des betreibenden Gläubigers, ſondern im Namen und zum Schutz des verletzten Rechtes handelte. Die Vorausſetzungen des letztern Verfahrens und die Schritte, welche daſſelbe vorbereiten mußten, haben wir früher dargeſtellt. Hier liegt uns noch ob, die Leitung und die äußere Form des Verkaufs des Urtheilspfandes und insbeſondere deſſen Wirkungen zu ſchildern [2]).

1) Nicht die vielbeſchäftigten rechtſprechenden Magiſtrate ſelbſt nahmen in Rom die directe Leitung des Executionsverfahrens in die Hand,

---

1) Müller civiliſtiſche Abhandlungen III. § 14 ff. Fritz Erlent. Bd. I. S. 481 ff. Sintenis Pfandrecht S. 532 ff.

2) oben Bd. I. § 53 S. 417 ff.

Digitized by Google

vielmehr delegirten ſie in jedem einzelnen Fall einem oder einigen Subalternbeamten aus ihrem officium die Vornahme der Pfändung und des Verkaufs [3]).

Es verſteht ſich, daß dieſe Subalternbeamten keine Competenz hinſichtlich der Auslegung ſtreitiger Urtheilsbeſtimmungen hatten, daß ſie nicht über die Activ- und Paſſivlegitimation des betreibenden Theils und des Exequendus, oder über den Einwand, daß das Urtheil bereits erfüllt ſei, und über ähnliche Fragen urtheilen konnten [4]). Vielmehr mußten alle dieſe Punkte bereits vor der Pfändung erledigt ſein, oder es mußte, wenn ſie ſich im Laufe des Verfahrens erhoben, die Sache an den Prätor zurückgehen, der ſie in claſſiſcher Zeit durch ein förmliches Judicium die actio judicati zum Austrag bringen ließ [5]). Dagegen ſtand dem römiſchen Executor eine Cognition hinſichtlich ſolcher Fragen zu, die mit der Durchführung des Verkaufsverfahrens ſelbſt zuſammenhingen.

So ſollte er namentlich dann, wenn nach der Pfändung ein Dritter Anſpruch auf die gepfändete Sache erhebt, nach ſummariſcher Verhandlung einen Spruch über das Eigenthum fällen und je nach dem Ergebniß mit der Execution fortfahren oder ſie ſuſpendiren. Ein ſolcher Spruch hatte aber natürlich keine definitive Kraft [6]) und konnte der Verfolgung der Anſprüche des Unterliegenden auf dem ordentlichen Rechtsweg nicht entgegentreten [7]).

---

3) l. 3 § 8 D. de neg. gest. 3, 5 executor a praetore in negotio meo datus. — l. 50 D. de evict. 21, 2 per apparitores. l. 74 § 1 D. eod. Si jussu judicis pignus captum — per officium distrahatur . . l. 2 C. si in causa judicati 8, 23 . . per officium ejus qui ita decrevit venum dari solet. cfr. l. 3 C. quando fiscus 4, 15. — Bethmann Hollweg Gerichtsverfaſſung S. 192.

4) l. 6 C. de exec. rei judicatae 7, 53. l. 4 § 1 D. de appell. 49, 1.

5) Gaj. IV. § 25 § 102.

6) l. 15 § 4 D. de re judicata 42, 1. vgl. hierüber auch Savigny Syſtem Bd. 6 S. 439.

7) Häufig wird in unſern Rechtsquellen ausgeſprochen, gegen die Execution könne nicht appellirt werden und ſogar ſchwere Strafe auf eine ſolche Appellation geſetzt. Paul. rec. sent. V. 35 § 2. l. 4 pr. D. de appell. rec. 49, 1. l. 5 C. quorum appellatio non rec. 7, 65. cfr. l. 3 l. 11. l. 15 l. 16 l. 18 § 1 l. 25 C. Theod. 11, 36. Es ſoll damit dem entgegengetreten werden, daß der Verurtheilte die Appellation gegen das Urtheil verſäumt und dann erſt, nachdem es zur Execution kommt, gegen dieſe appellirt, jetzt aber nur ſeine Beſchwerden gegen das der Execution zur Baſis dienende Urtheil vorbringt. Wo ſich von der Richtigkeit des rechtskräftigen Urtheils unabhängige Bedenken gegen die Execution erheben laſſen, iſt die Appellation gegen ſie zuläſſig.

Digitized by Google

2) Was die Art und Weiſe des Verkaufs anlangt, ſo erfolgte derſelbe nach Herkommen und Geſetz zwei Monate nach der Pfändung, falls nicht in der Zwiſchenzeit der Gläubiger abgefunden war [8]). Der gewöhnliche Weg war ohne Zweifel öffentliche Verſteigerung. Septimius Severus erwähnt der subhastatio, Alexander der licitatio [9]). Eine Bekanntmachung in ortsüblicher Weiſe fehlte wohl nicht, auch eine Denunciation an den gepfändeten Schuldner mag regelmäßig vorgekommen ſein [10]). Nirgends wird jedoch eine dieſer Formen als unumgängliche Vorbedingung der Gültigkeit des Verkaufs bezeichnet.

Fand ſich ein annehmbarer Käufer, ſo ſchlug ihm der Executor die Sache zu, rem addicit. Welches Gebot aber genügend ſei, wird man dem pflichtmäßigen Ermeſſen des Executors überlaſſen haben. Dem Schuldner fehlte natürlich in dieſer Hinſicht eine entſcheidende Stimme, aber auch das Votum des Gläubigers war wohl nicht abſolut ausſchlaggebend, da der Executor nicht ſein Geſchäftsträger iſt und ſeinen Mandaten nicht unmittelbar Gehorſam und Dienſt ſchuldet. Regel war, daß der Verkauf nur gegen baares Geld (praesenti pecunia) erfolgen ſollte [11]).

Von Wichtigkeit war, daß der Executor berechtigt war, auch eine Sache des Schuldners, auf der Pfandrechte ruhten, zu capiren und zu verkaufen [12]); eine Befugniß, die dem nachſtehenden Conventionalpfandgläubiger nicht zuſtand. Natürlich darf aber der Executor die Sache nur dann dem Käufer zuſchlagen, wenn er als Aequivalent einen Kaufpreis erhielt, der die Forderung des vorſtehenden Pfandgläubigers vollſtändig deckte. Dieſem bleibt ſein Recht bis zu ſeiner vollen Abfindung ungeſchmälert.

3) In Folge des Pfandverkaufs durch den Executor entſtanden keine perſönlichen contractlichen Verbindlichkeiten zwiſchen Verkäufer und Käufer, da der Executor nicht als Vertreter des betreibenden Gläubi-

---

8) l. 31 D. de re judicata 42, 1 . . . eorum qui intra diem vel ab initio datum vel ex ea causa postea prorogatum sibi non reddiderint, pignora capi: eaque si intra duos menses non solverint vendantur; si quid ex pretiis supersit reddatur ei, cujus pignora vendita erant.

9) l. 3 C. de exec. rei judic. 7, 53. l. 2 C. si in causa judicati 8, 23.

10) Gegen die Nothwendigkeit der Denunciation an den Schuldner ſpricht ſich aus Müller l. c. § 15.

11) l. 15 § 7 in f. D. h. t. 42, 1.

12) l. 15 § 5 D. de re judicata 42, 1. cfr. l. 22 § 1 D. de jure fisci 49, 14.

Digitized by Google

gers galt, dieſem alſo nicht erwerben konnte, für ſich aber nicht erwerben wollte. Vielmehr wurde von beiden Seiten unmittelbar Zug um Zug erfüllt. Der Executor ſetzte den Käufer in Beſitz und verſchaffte ihm hierdurch Eigenthum, wie es der Gepfändete hatte. Damit war ſeine Aufgabe geendet. Für Eviction hatte er natürlich nicht einzuſtehen. Wenn ſich nach dem Verkauf und der Tradition ein Evictionsſtreit gegen den Käufer erhob, ſo fiel derſelbe nicht unter die Competenz des Executors. Der Evincirende mußte ſein Recht vor den ordentlichen Gerichten verfolgen [13]).

Wie ſtand es, wenn der Executor, ſtatt, wie ihm vorgeſchrieben war, gegen Baar zu verkaufen, creditirte, und wenn der Käufer mit dem Kaufpreis in Rückſtand blieb? Ulpian erörtert dieſe Frage in der l. 15 § 7 D. de re iud. 42, 1. Soll, frägt Ulpian, der Executor den Käufer geradezu zur Zahlung des Kaufpreiſes verurtheilen und dann dies Urtheil exequiren, oder ſoll er den Käufer ſofort als einen Verurtheilten behandeln? Beiden Auswegen fehlt es an einem Fundament. Es blieb nichts übrig, als die verkaufte Sache auf's Neue zu capiren und zum zweiten Mal zu verkaufen, indem man davon ausging, daß das Urtheilspfand erſt mit der Leiſtung der Kaufſumme erlöſche. Erzeigte dann freilich der zweite Verkauf einen Ausfall, ſo gab es kein Rechtsmittel, um den erſten Käufer zum Erſatz der Differenz anzuhalten.

Wenn auch contractliche Verbindlichkeiten aus dem Verkauf des Conventionalpfands nicht entſtanden, ſo entwickelten ſich doch in Folge deſſelben nicht ſelten Verpflichtungen anderer Art. Wurde der Käufer evincirt, ſo konnte er gegen den Schuldner, der durch den gezahlten Kaufpreis von ſeiner Schuld ganz oder theilweiſe entlaſtet, alſo ungerechtfertigter Weiſe bereichert war, auf den Betrag der Bereicherung klagen [14]). Dagegen gegen den Gläubiger, der den eingenommenen Kaufpreis auf ſeine Forderung imputirte und nur das Seine empfangen hatte, exiſtirte eine ähnliche Forderung, vom Fall des Dolus abgeſehen, nicht.

Auch der Executor haftet perſönlich wegen etwaigen dolus, mag ihm derſelbe gegenüber dem Käufer zur Laſt fallen, indem er eine Sache verkaufte, die, wie er wußte, dem Exequendus nicht gehörte, oder mag

13) l. 15 § 6 D. de re judicata 42, 1.
14) l. 74 § 1 D. de evict. 21, 2 oben S. 196.

Digitized by Google

er, was häufiger vorkam, dem Erequendus und dem Gläubiger durch eine doloſe Verſchleuderung der Sache geſchadet haben. Von den letztern Fällen handelt Ulpian

> l. 50 D. de evict. 21, 2. Si pignora veneant per apparitores praetoris extra ordinem sententiam sequentes, nemo unquam dixit, dandam in eos actionem re evicta: sed si dolo rem viliori pretio proiecerunt, tunc de dolo actio datur adversus eos domino rei.
>
> l. 3 § 8 D. de neg. gest. 3, 5. Si executor in negotio meo datus dolum mihi fecerit, dabitur mihi adversus eum actio.

Die Rubrik, in der ſich die zweite Stelle findet, und ihre Umgebung ſcheint darauf hinzuweiſen, daß es ſich um eine actio negotiorum gestorum handle [15]). Dies wäre auch praktiſch nicht unwichtig, da hiernach die Klage unbeſchränkt gegen die Erben des Executors ginge. Dennoch halten wir die Klage für eine actio doli, die actio negotiorum gestorum hingegen für unzuläſſig. Denn der Executor beſorgt nicht Geſchäfte, die der Gläubiger ſelbſt vollziehen könnte, an deſſen Statt, ſondern intervenirt in ſeiner obrigkeitlichen Stellung [16]).

Das Verhältniß der Klage des Erequendus und des Gläubigers gegen den Executor wegen doloſer Verſchleuderung iſt nicht ohne Schwierigkeit. Offenbar wird die Klage des Erequendus dadurch beſeitigt, daß dem Creditor der Mehrbetrag, der hätte erzielt werden können, ausgezahlt wird. Denn dies kommt ja indirect auch dem Erequendus zu Gute. Dagegen erliſcht der Anſpruch des Creditors nicht durch die Befriedigung des Erequendus, da er hierdurch noch nicht ſchadlos iſt.

4) Fand ſich kein annehmbarer Käufer für das pignus ex causa judicati, ſo eröffneten ſich dem Gläubiger verſchiedene Wege, ſich die Sache zu verſchaffen. Es ſind aber dieſe von einander weſentlich ab-

---

15) Schon die Gloſſatoren ſtritten hierüber. Für eine a neg. gest. Vitalis lect. var. lib. I. cap. 12 bei Otto thes. II. p. 637. Donellus comm. S. c. XV. 15 § 9.

16) Aus ähnlichen Gründen hat man gegen den mensor, der in Folge ertheilten Auftrags das Maaß eines Grundſtücks declarirt, eine actio mandati nicht zugelaſſen tit. D. si mensor falsum modum dixerit 11, 1.

Digitized by Google

weichenden Weisen genau zu sondern, indem eine bloß äußerliche Vereinigung leicht zu ungenauen Resultaten führt[17]).

a) Der Gläubiger konnte sich die Sache statt seiner Forderung zuschlagen lassen. Es führt dies aus Ulpian libro 3 de officio consulis.

> l. 15 § 3 D. de re judicata 42, 1. Si pignora, quae capta sunt, emtorem non inveniant: rescriptum est ab imperatore nostro et divo patre ejus ut addicantur ipsi, cui quis condemnatus est. Addicantur autem utique ea quantitate, quae debetur. nam si creditor maluerit pignora in creditum possidere iisque esse contentus rescriptum est non posse eum quod amplius sibi debetur petere, quia velut pacto transegisse de credito videtur, qui contentus fuit pignora possidere: nec posse eum in quantitatem certam pignora tenere et superfluum petere.

Nichts deutet darauf hin, daß der hier von Ulpian erwähnte Zuschlag vom Kaiser selbst ausgehe, wie man freilich nicht selten annimmt[18]). Ulpian handelt in der ganzen Stelle von den Pflichten und Rechten des Executors. Wenn die Meinung gewesen wäre, daß im Zuschlag eine außerordentliche dem Kaiser reservirte Befugniß liege, so hätte er dies hervorheben müssen. Im Gegentheil war es wohl ein sehr alter Brauch, daß der Executor die gepfändete Sache, falls sich kein Käufer fand, dem Gläubiger in solcher Art zuschlug. Es hat wenigstens einen durchaus alterthümlichen Anstrich, daß der Gläubiger das Pfand nur statt der Forderung nehmen kann, es weist dies auf eine Zeit, welche eine rasche Abwicklung der genauen vorzog. Daß Ulpian sich auf Rescripte von Sever und Antoninus bezieht, kann hiergegen kein Bedenken erregen, es galt eben darzuthun, daß der alte Rechtssatz noch kein veralteter sei.

b) Der Präses konnte aber auch, wenn sich bei der ersten Verhandlung kein gehöriges Resultat ergeben hatte, einen zweiten Verkaufstermin ansetzen und bei der neu anberaumten Licitation dem Creditor gestatten, mitzubieten.

---

17) Abweichende Ansichten bei Müller l. c. § 18. Fritz Erl. S. 480 ff. Sintenis l. c. S. 532 ff. Bangerow § 381 in f.

18) Dies z. B. Fritz Erl. S. 480 flgnde. — Sintenis S. 533 flgnde. Bangerow l. c. Dagegen Müller l. c.

Digitized by Google

l. 2 C. si in causa judicati pignus captum sit 8, 23. Alexander A. Valeriano ... Et si alio emtore non existente vel exsistente quidem sed non dignum pretium offerente is cui judicatus satis non fecit ad licitationem secundum constituta fuerit admissus, cujuslibet alterius vice ex officio emere debet a. 223.

Der Gläubiger kann, rescribirt Alexander, wenn er vom Präses nach den hierüber bestehenden Verordnungen zur Licitation zugelassen wird, wie ein dritter Kaufliebhaber die Sache gegen ein entsprechendes Gebot von dem den Verkauf leitenden Personal (ex officio) erwerben. Es war dies zulässig, weil die Obrigkeit bei diesem Verkauf nicht Vertreter des Gläubigers ist. Daß dieser gerade den Betrag seiner Forderung bieten müsse[19]), was man künstlich hereingetragen hat und wodurch man unsere Stelle mit der obenerklärten zu einem Sinn zusammenstimmen wollte, ist in keiner Weise zu billigen; er würde dann einem dritten Licitanten durchaus nicht gleichstehen.

c) Seit die dominii impetratio durch kaiserliches Rescript bei Conventionalpfändern häufiger zur Anwendung kam, nahmen, wie es scheint, die richterlichen Beamten vielfach auch beim pignus ex causa judicati Anstand, nach alter Weise die Gläubiger zum Bieten zuzulassen oder ihnen die Pfandsache anstatt ihrer Forderung zuzuschlagen. Der Zuschlag von Pfändern wurde mehr und mehr als kaiserliches Reservatrecht betrachtet. Der Richter wies also den Creditor für den Zuschlag des Urtheilspfands an den Princeps. Diesen Rechtszustand zeichnet folgendes Rescript Gordians vom Jahr 239, also sechzehn Jahre nach der obenangeführten Verordnung von Alexander erlassen:

l. 3 C. h. t. 8, 23. In causa judicati pignora ex auctoritate praesidis capta potius distrahi quam jure dominii possideri consueverunt. Si tamen per calliditatem condemnati emtor inveniri non potest, tunc auctoritate principis dominium creditori addici solet.

Der Kaiser erklärt, daß zunächst möglichst viele Versuche gemacht werden sollen, um das Urtheilspfand im Wege des Verkaufs zu distrahiren und daß der Zuschlag an den betreibenden Gläubiger nur ein

19) Müller l. c. S. 132 behauptet, die Worte ex officio sollen ausdrücken, der Gläubiger könne nicht nach Belieben bieten, sondern müsse den Betrag der Schuld bieten. Dies ist wohl kaum zulässig, vgl. dag. Fritz S. 483.

Digitized by Google

Aeußerſtes ſei; wenn aber die erſten Verkaufsverſuche um deßwillen ohne Erfolg geblieben ſeien, weil der Gepfändete durch ſeine Machinationen die Käufer entferne, ſo ſei es gewöhnlich, daß man ſich an den Kaiſer mit der Bitte um den Zuſchlag wende. Es iſt hier nicht ausgeſprochen, daß eine andere Form des Zuſchlags unmöglich ſei, ſondern nur, daß der Zuſchlag durch den Kaiſer das Gewöhnliche bilde. Auch verſteht es ſich, daß der Zuſchlag dann nicht ausbleiben kann, wenn wiederholte Verkaufsverſuche fruchtlos waren, ohne daß dem Verpfänder die Schuld hiervon zur Laſt gelegt werden kann; denn einmal muß die Sache ihre Erledigung finden.

Natürlich kommt bei dieſem Zuſchlag durch den Kaiſer die Theorie, wie ſie ſich bei Conventionalpfändern ausgebildet hat, durchaus zur Anwendung. Die Sache wird dem Creditor zu ihrem wahren Werthe zugeſchlagen, der Schuldner hat zwei Jahre Auslöſungsfriſt. Keineswegs iſt aber nothwendig, daß der Executor vorher zwei Jahre mit dem Verkauf des Pfandes gezögert habe. Denn dies iſt keine auf den Zuſchlag, ſondern eine auf den Verkauf der Conventionalpfänder bezügliche Beſtimmung, die auf das Urtheilspfand keine Anwendung finden kann[20]).

Sechſtes Kapitel.

Der Pfandverkauf im heutigen Recht.

§ 120. Subhaſtation der Hypotheken[1]).

Die autonome Macht des Pfandgläubigers zum Verkauf der Conventionalpfänder iſt in das moderne Recht nur mit großen Beſchränkungen übergegangen. Sie ſtand in Oppoſition mit tiefgewurzelten nationalen Rechtsanſchauungen. Schon die Volksrechte und die Rechts-

---

20) Die oft hier noch angeführte l. 3 C. de exec. rei jud. 7, 53 iſt oben erklärt Bd. I. S. 421.

1) Postius de subhastatione (a. 1644) Genevae 1652. Jo. Philippi tractatus de subhastationibus Lipsiae 1667. Heinemann die Subhaſtation Weimar 1832. Strippelmann das Subhaſtationsverfahren Caſſel 1852. cfr. auch Schneider (Sächſ.) Ztſchrft. für Rechtspflege und Verwaltung Bd. 12 S. 489 (1854). Julius Merkel Subhaſtation Rechtslexicon Bd. 10 S. 600 ff.

Digitized by Google

quellen des Mittelalters forderten zum Verkauf der dem Creditor eingehändigten Faustpfänder — des pignus, vadium — regelmäßig richterliche Mitwirkung [2]). Als sich dann im spätern Mittelalter auch bei bloß verhypothecirten Immobilien, statt des frühern Verfalls an den Gläubiger die Distraction ausbildete, fiel auch deren Vornahme dem Gericht anheim. Und diesen Antheil am Pfandverkauf behielt der Richter trotz der Reception des römischen Rechts [3]). Gerade die Zeit, welche die Reception vollzog, hat ja überhaupt den ganzen Rechtsverkehr unter die Controle des Richters gestellt und an seine Mitwirkung gebunden, so daß die unabhängige Machtbefugniß des Privaten, wie sie das römische Recht gekannt hatte, einer wohlgemeinten richterlichen Bevormundung wich. Der Verkauf der Hypotheken findet daher nach einem allgemeinen germanischen Gewohnheitsrecht ausschließlich durch Vermittlung des Richters statt; bei den Faustpfändern ist der Privatverkauf durch den Gläubiger gemeinrechtlich nicht antiquirt, wenn auch particularrechtlich der Antheil des Gerichts die Regel sein wird. Für den gerichtlichen Verkauf der Hypotheken bildete sich ein eignes Verfahren, das sogenannte Subhastationsverfahren. In nicht wenigen und nicht unerheblichen Detailpunkten differiren die particularrechtlichen Bestimmungen über dasselbe. Die Grundzüge stimmen in ganz Deutschland überein, so daß hier eine Darstellung derselben versucht werden kann. Es liegt aber der Subhastation nicht das römische System über den Verkauf von Conventionalpfändern zu Grunde, etwa mit der Abweichung, daß nur die Obrigkeit vollzöge, was nach römischem Recht der Gläubiger selbst vorzunehmen hat; vielmehr sind die römischen Normen über den Verkauf des Urtheilspfandes die Grundlage des Subhastationsverfahrens geworden, so jedoch, daß sie in manchen höchst wichtigen Punkten modificirt und erweitert wurden. Dies wird sich aus der Darstellung des Einzelnen von selbst zur Genüge ergeben. Ehe wir hierzu übergehen ist die principielle Frage festzustellen, in wessen Namen und Recht der subhastirende Richter beim Pfandverkauf handelt. Verkauft er, wie die

2) lex Wisig. V. 6, 3 Albrecht Gewere S. 133 Anm. 280 und dort Cit. vgl. besonders Renaud Zeitschrift für Rechtswissenschaft des Auslandes Bd. 21 S. 310 flgnde.

3) Die italiänischen Juristen hatten dies noch nicht als nothwendig betrachtet. Negusantius VI. p. 1 n. 47, quaeritur an in venditione pignorum requirendum est subhastatio et dicendum est quod hujusmodi sollemnitas subhastationis non requiratur, nisi in venditione pignoris capti pro executione rei judicatae.

Digitized by Google

Einen behaupten, als Mandatar des betreibenden Pfandgläubigers, oder iſt er, wie Andere annehmen, Vertreter des Subhaſtaten, oder iſt etwa jedes Vertretungsverhältniß zu leugnen und der Verkauf in anderer Weiſe zu rechtfertigen.

Die einfachſte Auffaſſung des Verhältniſſes ſcheint darin zu liegen, den ſubhaſtirenden Richter als Vertreter des Gläubigers zu betrachten [4]). Der Antrag des Gläubigers veranlaßt die Subhaſtation, betreibt dieſer das Verfahren nicht weiter, ſo wird ſie ſiſtirt; danach ſcheint das Gericht gleichſam den Arm des Gläubigers zu bilden und nur deſſen Rechte zu exerciren. Bei genauerer Betrachtung kann dieſer Standpunkt indeſſen nicht genügen. Es wäre eine unausweichliche Conſequenz, daß dann, wenn das Gericht als Mandatar des betreibenden Gläubigers handelte, dieſem der Erlös zufallen müßte, auch wenn Andere nachwieſen, daß ſie prioritätiſche Rechte am Pfandobject hatten. In der That aber geſchieht die Vertheilung des Erlöſes nach dem Rang der Pfandrechte ohne irgend eine Bevorzugung des betreibenden Gläubigers. Ferner aber iſt klar, wäre der Richter Mandatar des Gläubigers, ſo wäre von dem Augenblick der Einzahlung des Kaufpreiſes bei Gericht, des Gläubigers Forderung als getilgt anzuſehen; dies iſt jedoch keineswegs der Fall, wie ſich ſchon daraus ergiebt, daß die Verzugszinſen für die Forderungen der Pfandgläubiger nicht bis zum Moment der Ablieferung der Kaufgelder an den Executor, ſondern bis zur wirklichen Aushändigung dieſer Summen an den Gläubiger berechnet und geleiſtet werden. Deßgleichen müßte bei Unterſtellung der Gegenanſicht mit dem Moment der Vereinnahmung der Kaufgelder durch den Executor die Gefahr auf den Gläubiger übergehen und dieſer hätte keine Anſprüche mehr an den Schuldner, wenn der Executor die Kaufgelder veruntreute oder wenn dieſelben ſonſt durch Zufall verloren gingen [5]); auch hiergegen opponirt ſich das Rechtsgefühl. Ein letzter Grund dagegen, daß das Gericht als Mandatar des Gläubigers verkauft, liegt darin, daß der Gläubiger nach modernem Recht ſelbſt auf die ſubhaſtirte Sache mitbieten, ſie erſtehen kann. Mit ſich ſelber aber kann nach allgemeinen Rechtsgrundſätzen Niemand contrahiren.

---

4) vgl. das Bd. I. S. 418 cit. Urtheil des O.-A.-G. zu Lübeck.

5) Allerdings entſchieden ſich hierfür ältere Schriftſteller, z. B. Matthaeus de auct. lib. I. cap. 15 num. 12 Voet. Dig. XX. 5 n. 12. Aber der Gläubiger iſt hier nicht in mora accipiendi.

Digitized by Google

So scheint man umgekehrt zur Ansicht gedrängt zu werden, daß der Richter im Namen des Schuldners auftrete [6]). Hierfür spricht vor Allem, daß es sich um dessen Sache handelt, daß dessen Eigenthumsrecht auf den Adjudicatar übertragen wird. Dazu könnte man aber folgende Erwägung fügen. An und für sich lag dem Exequendus die Pflicht zur Zahlung ob, fehlte es ihm an Geldmitteln, so hatte er zum Verkauf seiner Vermögensobjecte zu schreiten. Da nun der Schuldner dies zu thun unterläßt, so geschieht dies durch den Executor für ihn, dieser zahlt dann dem Gläubiger an des Schuldners Statt. So wird auch in andern Fällen, in denen dem Schuldner ein facere obliegt, diese Handlung statt seiner vom Gericht vorgenommen. Daraus, daß das Gericht anstatt des Schuldners handelte, würde sich dann auch erklären, daß der Ueberschuß über den Betrag der angemeldeten Forderung dem Schuldner restituirt wird. Doch auch von diesem Gesichtspunkt aus läßt sich das Subhastationsverfahren nicht genügend construiren. Der Subhastat muß den Verkauf dulden, er ist aber nicht selbst Verkäufer. Er erwirbt direct keine Rechte, nicht er übernimmt Verbindlichkeiten aus dem Verkauf. Hätte der Subhastat die Stellung eines Verkäufers, so müßte er wegen Eviction aufs volle Interesse haften; dies ist nicht der Fall, vielmehr kann nur der Schuldner auf den Betrag seiner Bereicherung in Anspruch genommen werden. Hiezu kommt aber, daß dann, wenn der Subhastat nicht der persönliche Schuldner, sondern dritter Besitzer des Pfands ist, derselbe weder zur Zahlung der Schuld, noch zum Verkauf der Sache zu diesem Zweck verpflichtet ist, so daß das Gericht hier durch den Verkauf nicht etwas vollzieht, was dem Subhastaten obliegt.

Die Thätigkeit des Richters bei der Subhastation ist daher — so wenig wie dies beim römischen pignus ex causa judicati der Fall war [7]) — als Vertretung eines der Betheiligten aufzufassen. Das Verhältniß des Richters ist ein publicistisches und läßt sich nicht auf einen privatrechtlichen Contract oder Quasicontract zurückführen; er tritt auf kraft obrigkeitlicher Machtbefugniß und sorgt für das Interesse beider Partheien, er handelt nicht als Mandatar einer

6) So schon Philippi l. c. cap. III. comm. 13 n. 18 cap. IV. c. 13 u. 4. Ferner Strippelmann Subhastation S. 319. Stölzel zur Lehre vom Faustpfand Archiv f. c. Pr. Bd. 45 S. 382.

7) oben S. 250.

Digitized by Google

Parthei [8]). Nicht irre kann uns hieran machen, daß der Richter nur auf Betreiben des Gläubigers handelt; auch das Urtheil erläßt der Richter auf Anstehen des Klägers, deßwegen handelt er aber bei dessen Ausfällung nicht in dessen Namen. Noch näher steht folgende Analogie; wenn der Richter dem bedrohten Nachbar das Eigenthum des schadendrohenden Nachbarhauses wegen verweigerter cautio damni infecti zuschlägt, so wird Niemand behaupten, es geschehe dies im Namen des bisherigen Eigenthümers. Ebensowenig ist dies bei der Subhastation der Fall. Von diesem Gesichtspunkt gehen wir bei der Hervorhebung der Hauptbestimmungen der Subhastation aus.

1) Der äußere Organismus des Subhastationsverfahrens beruht wesentlich auf den römischen Vorschriften über Verkauf des Judicialpfands. Doch hat das moderne Recht das Verfahren bestimmter ausgebildet. Es geschah dies theils durch die Praxis, theils durch zahlreiche, das Einzelne normirende Particulargesetze. Nur das, was allgemeinen Rechtens ist, heben wir hervor. Betreiben kann das Verfahren nur ein Gläubiger, dessen Forderung durch rechtskräftiges Urtheil liquid gestellt ist und dessen Pfandrecht — sei es ein gerichtliches oder ein conventionelles oder ein gesetzliches — durch Urtheil dem Subhastaten gegenüber feststeht. Auch ein nachstehender Pfandgläubiger kann den Verkauf veranlassen; der Strenge des römischen Rechts nach könnte der Zuschlag freilich nur erfolgen, wenn die Vorgänger vollständig und praesenti pecunia abgefunden wurden. Eine weit verbreitete Praxis sieht aber auch hiervon ab und gestattet einem spätern Gläubiger selbst in dem Fall die Sache gültig zum Verkauf zu bringen, wenn der Preis die vorgehenden Gläubiger nicht vollständig zu befriedigen im Stande ist. Ein etwelches Gegengewicht liegt in der Befugniß des vorstehenden Hypothekars mitzubieten und die Sache so für den geringern Preis an sich zu bringen. Als zum Verkauf befugt, gilt nur das Gericht der belegnen Sache [9]). Oeffentliche Versteigerung durch den

---

8) Schon Postius de subhastatione insp. 66 n. 22. Judex utitur jure creditoris et auctoritate publica, dum suum officium impartitur creditori exequenti nec id est actorem repraesentare, sed partibus se judicem exhibere. vgl. besonders Schneider l. c. Auch (Sächs.) Zeitschrift für Rechtspflege n. F. Bd. 11 S. 111. Ebenso Wetzell Civilproceß S. 481 Anm. 30.

9) Postius de subh. insp. 16 n. 15 sqq. Pufendorf obs. I. obs. 29. § II. Bülow und Hagemann pr. Erört. Bd. 6 E. 68 S. 290. Strippelmann Subhastationsverfahren S. 92 S. 115.

Digitized by Google

Richter ist nothwendige Form. Die vorgängige Taration des Pfandobjects bildet die Regel und ist meist gesetzlich vorgeschrieben. Ferner ist nothwendig eine vorgängige öffentliche Bekanntmachung der Subhastation, welche unter Benennung des Subhastaten Zeit und Ort der Versteigerung angiebt und das Object der Subhastation nach Umfang, Qualitäten und Gerechtsamen bezeichnet. Außer der öffentlichen Bekanntmachung wird eine Notification an den Eigenthümer als Bedingung des Verfahrens betrachtet.

Bei der Entwerfung der Verkaufsbedingungen hat das Gericht natürlich den Zweck des Verfahrens, möglichst vollständige und rasche Befriedigung der Gläubiger im Auge zu behalten. Gleichwohl ist es hinsichtlich der Modalitäten des Verkaufs keineswegs absolut an die Anträge des Gläubigers gebunden. Es wird z. B. von seinem Ermessen abhängen, ob ein trennbares Ganzes zusammen oder in einzelnen Theilen oder auf beide Arten nach einander ausgeboten werden soll, wonach diejenige Art, die den höchsten Preis ergiebt, bei dem Zuschlag zu Grunde gelegt wird.

Die allgemeinen Grundsätze, welche über die Perfection des Vertrags bei Versteigerungen gelten, kommen auch bei der nothwendigen Subhastation zur Anwendung. Hiernach ist der Licitant an sein Gebot gebunden, bis ein höheres eingelegt wird [10]). Das Verhältniß ist nämlich so aufzufassen, als schlösse Jeder, der bei einer Versteigerung auftritt, auf Grund der ausdrücklichen oder usuellen Versteigerungsbedingungen mit dem Versteigerer ein pactum de emendo [11]). Selbst der betreibende Gläubiger, welcher als Licitant das höchste Gebot that, kann nicht mehr von demselben abgehen, da, wie gezeigt, nicht er der Verkäufer ist, sondern das licitirende Gericht. Dagegen erhält der Meistbietende durch sein Gebot an und für sich noch kein Recht gegenüber dem Versteigerer; vielmehr tritt die Perfection des Verkaufcontracts erst durch die Ausfertigung der Adjudication ein. Die Ertheilung des Zuschlags ist bei der Privatversteigerung dem freien Ermessen des Ver-

10) a. Anf. Struben rechtl. Bedenken V. 28. Dagegen u. A. Bülow und Hagemann Th. IV. n. 26.

11) Der Vertrag, wodurch der eine der Kaufconcurrenten sich des Bietens gegen eine Vergütung enthält, kann nicht schlechthin als ungültig, weil unsittlich angesehen werden. Vgl. u. A. Spangenberg in Linde's Zeitschrift f. C. u. Pr Bd. V n. 9. Dagegen wird die Kunde eines solchen Vorgangs das Gericht unter Umständen bestimmen den Zuschlag zu verweigern.

Digitized by Google

äußerers, bei einer Subhaſtation der pflichtmäßigen Beurtheilung des verkaufenden Gerichts überlaſſen; gegen deſſen Entſcheid ſind Rechtsmittel zuläſſig [12]).

2) Es entſpricht altgermaniſchen Rechtsanſchauungen wie der Natur des Verhältniſſes, daß bei einer gerichtlichen Subhaſtation der betreibende Gläubiger, wie jeder Andere mitbieten und den Zuſchlag erhalten kann [13]). Indeſſen hat doch das Verbot des Selbſtkaufs durch das römiſche Recht vielfach Bedenken erregt. Man hat dem Gläubiger nicht ſelten beſondere Beſchränkungen aufgelegt, z. B. ihm die Sache nur nach einer billigen Tare zugeſchlagen, dem Schuldner beim Zuſchlag an den Gläubiger eine Wiedereinlöſungsfriſt vorbehalten [14]). Nicht licitiren kann dagegen nach allgemeinen Grundſätzen der Richter, welcher das Pfand zur Subhaſtation bringt [15]).

3) Durch die Adjudication an den Meiſtbietenden wird der Verkauf perfect. Von jetzt an trifft alſo die Gefahr den Käufer, umgekehrt hat dieſer Anſpruch auf die nachher gewonnenen Früchte und andere Vortheile. Der Schuldner kann von jetzt an den Verkauf nicht mehr durch Angebot der ſchuldigen Summe an die Gläubiger zu nichte machen. Aber die Adjudication hat noch eine weitere Wirkung, ſie überträgt nach einem feſtſtehenden Gewohnheitsrecht Eigenthum auf den Adjudicatar, ohne daß es hierzu einer Beſitzergreifung bedürfte [16]). Natürlich iſt aber vorausgeſetzt, daß der Subhaſtat Eigenthümer war, auch geht das Eigenthum nach allgemeinen Grundſätzen erſt über, wenn der Kaufpreis bezahlt oder wenigſtens vom Gericht creditirt iſt. Beſitz dagegen erwirbt der Käufer erſt mit der factiſchen Apprehenſion.

---

12) Für die Anſicht, daß das Gericht ſchon vor Ertheilung der Adjudication dem Meiſtbietenden gebunden ſei, iſt die ſächſiſche Praxis. cfr. Carpzov jur. for. I. 32 def. 35. Hommel rhaps. vol. IV. obs. 558. Curtius Civilrecht l. c. Bd. IV. § 138, Oſterloh ſächſ. Prozeß § 365 Anm. 20. Urtheil des O.-A.-Gerichts zu Dresden Ztſchrft. für Rechtspflege n. F. II. S. 489. Daß der Meiſtbietende kein Recht auf den Zuſchlag habe, erkennt das Stuttgarter Obertribunal Seuff. Archiv VIII. 38.

13) vgl. übrigens Albrecht Gewere S. 151.

14) vgl z. B. Strippelmann l. c. S. 241.

15) cfr. Holzſchuher 2. Aufl. Bd. 3 S. 686 pr. L.-R. I. 11 § 22. Anderer Anſicht Philippi de subhast. cap. 3 comm. 8 n. 1. Berger oec. jur. IV. 29 th 3 n. 12. Oſterloh ſächſ. Prozeß § 365 not. 6. Der Subhaſtat kann nicht bieten nach den oben S. 160. entwickelten Grundſätzen.

16) vgl. hierüber Postius de subh. insp. 53 n. 7. Matthaeus de auct. lib. I. c. 12 n. 8 et sqq. Philippi cap. IV. c. 3 n. 1. sqq. Carpzov def. for. I. 32 def. 46. Berger oec. juris IV. 29 th. 4. not. 2. Hommel rhaps. obs. 44. Pfoten-

Digitized by Google

4) Die Verpflichtungen, welche bei einem gewöhnlichen Verkauf entſtehen, ſind bei der nothwendigen Subhaſtation mit Rückſicht auf die obrigkeitliche Stellung des verkaufenden Gerichts weſentlich modificirt. Da der Richter durch den Zuſchlag Eigenthum überträgt, ſo iſt hiermit dem Käufer unmittelbar das Recht zugetheilt, auf das er Anſpruch hat; weitere contractliche Verbindlichkeiten übernimmt der Richter dem Käufer gegenüber nicht. Allerdings kann der Adjudicatar beim Richter auf Grund des Zuſchlags verlangen, daß der Schuldner ermittirt werde und daß ihm auf dieſem Weg der Beſitz ſchleunig verſchafft werde. Dieſe Ermiſſion verfügt aber der Richter, nicht weil er ſich hierzu durch den Contract gebunden hätte, ſondern als Obrigkeit. Verwirft er den Antrag auf Ermiſſion, etwa weil ein Dritter, z. B. ein Pachter oder Miether, in der Detention iſt, ſo exiſtirt keine actio emti gegen den Richter; denn Handlungen der Jurisdiction können auf dieſem Weg nicht erzwungen werden [17]). Es bleibt dem Käufer in ſolchem Fall nur die rei vindicatio, durch welche er ſich auf Grund des durch den Zuſchlag begründeten Eigenthumsrechts den Beſitz der Sache verſchafft.

Was die Verpflichtungen des Käufers anlangt, ſo kann darüber kein Zweifel ſein, daß dann, wenn das Gericht auf Credit verkauft — abweichend von dem römiſchen pignus ex causa judicati captum — eine klagbare Obligation auf den bedungenen Kaufpreis entſteht. Wer aber iſt Träger dieſer Forderung? Da der Richter zwar im Intereſſe aber nicht als Vertreter des betreibenden Gläubigers oder des Subhaſtaten handelt, weder der Eine noch der Andere; in der That kann es ſich ereignen, daß künftig keiner von beiden Anſprüche auf den Kaufpreis erhält. Deßhalb könnte der Käufer auch zunächſt weder mit einer Gegenforderung an den Subhaſtaten noch an den betreibenden Gläubiger compenſiren. — Hätte das römiſche Recht das Verhältniß näher ausgebildet, ſo würde der servus publicus ſich den Kaufpreis ſtipulirt [18]) und dieſen damit zunächſt dem Staat, ſeinem Herrn erworben haben; der Anſpruch wäre dann künftig dem cedirt worden, welcher ſich

---

hauer doctr. proc. germanici et sax. § 617. O.-A.-G. zu Darmſtadt n. 24 bei Knorr Executionsverf. S. 50. Oſterloh Prozeß nach ſächſ. R. § 366 Anm. 16. Strippelmann Subhaſtationsverfahren S. 357 flgnde. cfr. Pr. L.-R. I. 11 § 342. A. Anſ. freilich Holzſchuher 2. Aufl. Bd. 3 S. 691.

17) a. Anſ. Schneider l. c. S. 516 ff.

18) So geſchah es z. B. bei der Arrogation. cfr. l. 18 D. de adopt. 1, 7.

Digitized by Google

als der Berechtigte auswies. Heutzutage, wo ein solches Mittel fehlt, muß angenommen werden, das Gericht constituire die Forderung zu Gunsten der Person, die sich künftig, als die am Kaufpreis zunächst berechtigte herausstellt und welcher dieselbe überwiesen wird. Das Gericht hat während der Dauer des Austheilungsverfahrens bis zur Ueberweisung für die Wahrung der Forderung zu sorgen. Verfiele z. B. der Adjudicatar in Concurs, so müßte es die Forderung von Amts wegen oder auf Betreiben der Gläubiger beim Concursgericht anmelden. Auch die Ernennung eines Curators zu solchen Zwecken kann nothwendig werden.

5) Das Pfandrecht des ersten verkaufenden Pfandgläubigers ging nach römischem Recht verloren, sowie das Eigenthum auf den Käufer übergegangen war, hierzu gehörte, daß der Kaufpreis bezahlt oder vom verkaufenden Pfandgläubiger creditirt wurde. Glaubte der Verkäufer dem Käufer nicht mit voller Sicherheit creditiren zu können, so war es seine Sache, durch eine lex commissoria oder Vorbehalt des Pfandrechts oder Annahme von Bürgen sich Sicherstellung zu verschaffen Heutzutage verkauft zwar das Gericht, nichtsdestoweniger geht dann Eigenthum über und erlöschen die Pfandrechte [19]), wenn das Gericht auf Termine versteigt und hiermit creditirt. Dagegen wird dieses dafür zu sorgen haben, daß die Käufer Sicherheit leisten; es wird namentlich unter die Steigbedingnisse die Clausel aufnehmen, daß das Grundstück für die Forderung auf den Kaufpreis verhypothecirt sein soll. Unterließe das Gericht solche Vorsichtsmaßregeln, so hätten die Interessenten das Recht, auf dieselben anzutragen. Diese Hypothek, welche die Praxis sogar mit einem jus separationis ausstattet, ist nicht die alte, untergegangene, sondern eine neue vom Richter zu Gunsten der von ihm begründeten Forderung constituirte. Es ergiebt sich hieraus:

a) Geräth der Adjudicatar in Concurs, so haben nicht nur die Gläubiger, welche früher ein Pfandrecht an der subhastirten Sache hatten, sondern auch die bloßen Chirographarien des Subhastaten, wenn ihnen Theile des Kaufpreises überwiesen wurden, ein Vorzugsrecht vor den Gläubigern des Adjudicatars.

b) Die ehemaligen Pfandgläubiger des Subhastaten haben keinen Vorzug mehr vor dessen chirographarischen Gläubigern. A. hat ein Pfandrecht am Hause des X. für 500 Thlr., das Haus wird subhastirt und dem Y. für 1000 zugeschlagen; dem A. werden 500, den

19) vgl. Oberappellationsgericht zu Dresden bei Emminghaus Pandekten S. 766.

Digitized by Google

Chirographarien des X., dem B. und C. die andern 500 überwieſen. Y. iſt zahlungsunfähig und es kommt zu einem neuen Concurs, in welchem für jenes Haus nur 800 erlöſt wird. Bei Geltendmachung der richterlich vorbehaltenen Hypothek hat A. keinerlei Vorzug vor B. und C.[20] Indeſſen möchte auch nichts im Wege ſtehen, daß der Theilungsrichter, der überall nach den Regeln der Billigkeit zu verfahren hat, bei Ueberweiſung der Hypothek beſtimmt, daß ſie den Intereſſenten in der Reihenfolge zu Gute kommen ſoll, in der ſie locirt wurden. Dann würde ſich die Sache gerechter entwickeln und die vorſtehenden Hypothekarien würden keine materielle Beeinträchtigung erleiden.

6) Nach weit verbreiteter Praxis kann dann, wenn die Zahlung der Kaufgelder durch den Käufer nicht rechtzeitig erfolgt, ein zweiter Verkauf der ſubhaſtirten Sache auf Gefahr und Koſten des erſten Licitanten vorgenommen werden. Man hat hierbei die Beſtimmungen, welche das römiſche Recht beim pignus ex causa judicati captum traf, in ſehr freier Weiſe benutzt[21]. Der zweite Verkauf iſt namentlich möglich, wenn dem Käufer kein Credit gegeben war und er in der Zahlung ſäumig iſt, nach einigen Rechten iſt er aber ſelbſt nach der Adjudication zuläſſig, wenn der Adjudicatar die feſtgeſtellten Termine nicht einhält, ſo daß die Adjudication nur als reſolutiv bedingt anzuſehen iſt. Dieſer zweite Verkauf geht, gleich als wäre der Adjudicatar nicht Eigenthümer geworden, gegen den urſprünglichen Subhaſtaten, er bildet eine Fortſetzung des erſten, nur ſcheinbar abgebrochenen Verfahrens. Daher kommt auch der Mehrerlös, der hier über den erſten Kaufſteigpreis hinaus erzielt wird, nicht dem Adjudicatar, ſondern dem erſten Subhaſtaten, reſpective deſſen Creditoren zu Gute. Es iſt dies conſequenterweiſe nur durch die Annahme zu erklären, daß die urſprünglichen, dem Subhaſtaten gegenüber begründeten dinglichen Rechte für den Fall, daß die Gläubiger ſich zu dem Wege der Wiederverſteigerung entſchließen, vorbehalten ſind. Nur die Gläubiger alſo, welche dem Subhaſtaten gegenüber dinglich berechtigt waren, können die Reſubhaſtation, die, wie gezeigt, Fortſetzung des erſten Verfahrens iſt, beantragen. — Der erſte Erwerber hat den Mindererlös, der ſich bei der zweiten

20) So Tafel Civilrechtsſprüche I. n. 2.

21) Voet. ad tit. Dig. XX. 5. n. 12. Glück Pand. Bd. 16 S. 307. Claproth Einl. in d. bürgerl. Prozeß § 420 not. a. Martin Civilprozeß § 271 not. l. Bayer Civilprozeß 7. Aufl. S. 700. Heinemann Subhaſtation S. 46. Strippelmann Subhaſtation S. 414 ff. pr. Landr. I. 11 § 346.

Digitized by Google

Verſteigerung ergiebt, zu erſetzen, deßgleichen die Früchte der Zwiſchenzeit zu reſtituiren. Hat er bereits theilweiſe gezahlt, ſo kann er dieſen Betrag mit einer actio negotiorum gestorum utilis vom zweiten Adjudicatar einfordern, inſoweit er ſich nicht mit dem Mindererlös deckt, für den er als erſter Adjudicatar einzuſtehen hat.

7) Man behauptet nicht ſelten, daß durch die Adjudication der Schuldner bis zur entſprechenden Summe von ſeiner Schuld befreit werde[22]). Dies iſt nicht zu rechtfertigen. Erliſcht doch nach römiſchem Pfandrecht die Forderung an den Schuldner nicht einmal dann wenn der Pfandgläubiger ſelbſt verkauft und einen Käufer ausgewählt hat; um ſoweniger kann ſie durch Begründung oder auch Ueberweiſung einer vom Richter conſtituirten Kaufforderung erlöſchen; nur wird der Gläubiger, welcher Ueberweiſung der Kaufgelder erwirkte, ſich zunächſt an den Adjudicatar halten müſſen. Dagegen exiſtirt kein Grund, ihn bis zur Ueberweiſung in anderweiter Betreibung des Schuldners zu hindern. Die Forteriſtenz der Forderung hat folgende Conſequenz. Liefe dieſelbe zu 6 %, es wären aber dem Adjudicatar mehrjährige Termine gegeben und eine Verzinſung von 5 % bedungen, ſo könnte der Gläubiger bis zum Ablauf jener Termine immer noch vom Schuldner den ſechſten Zinsthaler nachfordern. Ließe er dagegen die Forderung noch länger freiwillig ſtehen, ſo würde der Anſpruch auf die höhere Verzinſung erlöſchen. Trifft den Gläubiger eine Schuld bei der Beitreibung, ſo wird der urſprüngliche Schuldner entlaſtet, bei zufälliger Inerigibilität bleibt er verhaftet.

8) Der Käufer hat wegen Eviction, ſowie wegen verborgener Mängel, ja ſogar wegen Fehlens der angekündigten Eigenſchaften der Kaufſache[23]) keinen Regreß gegen ſeinen Verkäufer, das Gericht, da dieſes eine fremde Sache in öffentlichem Auftrag verkauft und eine perſönliche Haftbarkeit in den angegebenen Beziehungen nicht übernimmt. Nur wegen Verſchuldung kann der Richter nach den Grundſätzen der Syndicatsklage in Anſpruch genommen werden. Auch der betreibende Gläu-

22) Merkel Subhaſtation l. c. S. 622. vgl. vielmehr die oben S. 204 ff. ausgeführten Grundſätze.

23) Fehlen ſolche Eigenſchaften der Sache, daß dieſe dadurch nach den Begriffen des Verkehrs zu einer weſentlich andern wird; ſo kann der Adjudicatar wegen weſentlichen Irrthums den Kauf als nichtig anfechten, z. B. es wird ein Haus mit Wirthſchaftsgerechtigkeit ausgeboten, dem ſolche fehlt. Emminghaus Pandekten S. 550.

Digitized by Google

biger haftet — abgesehen von einer besonders übernommenen Verbindlichkeit — nicht weiter als für dolus und culpa lata; stand er doch selbst bei Vornahme des Privatverkaufs für Eviction und verborgene Mängel nicht ein, noch weniger ist er hier obligirt, wo er nicht als Mitcontrahent auftritt, wenn er auch den Verkauf veranlaßt hat. Nicht einmal zurückfordern kann der evincirte Käufer vom Gläubiger den gezahlten Kaufpreis; im Fall einer Novation mit dem Creditor hat er denselben selbst nach einer Eviction einzuzahlen. Der Subhastat endlich haftet ebensowenig für Eviction, sondern nur auf den Betrag, um welchen er durch die Zahlung des Kaufpreises bereichert ist[24]).

9) Sehr getheilt sind bekanntlich die Ansichten über die wichtige Frage nach dem Einflusse des Concurses auf das Subhastationsverfahren. Es ist hierbei zu unterscheiden:

a) Der Concurs bricht vor der Adjudication aus, nachdem bereits die Versteigerung abgehalten und ein Meistgebot erzielt ist. Es kann hier der Richter die Adjudication nicht mehr gültig aussprechen, denn es hatte der Meistbietende ein Recht auf Adjudication noch nicht. Der Concurs aber hemmt den Lauf jeder besondern Execution und verhindert daher den Richter einen Act, zu dem er nicht verpflichtet ist und der das Verhältniß wesentlich umgestaltet, jetzt noch vorzunehmen[25]).

b) Die Adjudication ist bereits erfolgt, der Kaufpreis aber gerichtlich asservirt oder noch ausstehend; ehe er vertheilt ist, bricht Concurs aus. Ist der Erlös zu Gunsten der Pfandgläubiger zu verwenden oder der Concursmasse abzuliefern?

Zu Gunsten des Gläubigers[26]) wird angeführt, der Richter handle als dessen Mandatar und habe als solcher die Kaufsumme eingenommen. Dieselbe sei außerdem an die Stelle seines Pfandes getreten, also auch nach dem Grundsatz pretium succedit in locum rei zu seiner Befriedigung zurückzuhalten. Beide Gründe sind nicht durchschlagend; der Richter ist nicht Mandatar des Gläubigers und der Grundsatz, wonach der Preis an Stelle der Sache steht, nichts weniger als allgemein wahr. Zu Gunsten der Concursmasse dagegen behauptet man, der Executor sei Vertreter des Schuldners, also sei das Kaufgeld

24) vgl. die oben S. 174 S. 190 ff. entwickelten Grundsätze.

25) Strippelmann Subhastation S. 273 ff. a. Anf. Schneider l. c. S. 511 u. dort Cit.

26) So Osterloh sächs. Prozeß § 366 Anm. 28.

Digitized by Google

dessen Eigenthum und gehöre zur Masse, bei der sich die Pfandgläubiger zu melden hätten. Uns scheint die erste Ansicht die richtige und zwar aus folgenden Gründen. Der Richter handelt beim Verkauf weder im Namen des Gläubigers noch des Schuldners. Dagegen ist anzunehmen, daß die vom Richter eingezogene Geldsumme zu Gunsten der Pfandgläubiger mit einem Pfandrecht bestrickt werde, da er dieselbe zur Tilgung ihrer Forderungen bestimmte [27]). In die Concursmasse des Schuldners ist daher der Kaufpreis nicht zu liefern, sondern zunächst für die Pfandgläubiger zu reserviren, die Masse hat nur das Recht, statt des Schuldners die hyperocha zu verlangen.

§ 121. Verkauf der Faustpfänder.

Gemeinrechtlich ist der Privatverkauf der Faustpfänder durch den Creditor zulässig geblieben, wenn sich auch particularrechtlich in vielen Territorien das ältere germanische Recht, wonach Mitwirkung der Obrigkeit eintreten sollte, erhielt [1]). Für diesen Privatverkauf sind die römischen Bestimmungen maßgebend; doch sind noch folgende Punkte zu besprechen:

1) Es ist eine sehr bestrittene Frage, ob der Verkauf des Faustpfands noch vorgenommen werden kann, wenn über das Vermögen des Schuldners und Eigenthümers des Pfands bereits Concurs ausgebrochen ist. Diese Frage hängt aufs engste mit der andern zusammen, ob der Faustpfandgläubiger sich im Besitz seines Pfandes nach eröffnetem Concurs behaupten könne. Uns scheint der Pfandgläubiger befugt, das Faustpfand auch nach Eröffnung des Concurses zurückzuhalten. Hiefür spricht nicht nur das geschriebene Recht, das wir im Zweifel festzuhalten haben, sondern ebenso die ältere Anschauung der Theoretiker, welche das factische Verhältniß der Trennung von den übrigen Objecten des Schuldners auch juristisch respectirten [2]). Conse-

---

27) vgl. § 121 n. 1.

1) Der Privatverkauf der Faustpfänder ist in Sachsen zulässig geblieben. Curtius sächs. Civilrecht Bd. 2 Abth. 3 § 1089. Verboten ist er im östreich. Gesetzbuch art. 1371. Nach preuß. Landr. I. 20 § 28 ist gerichtlicher Verkauf Regel. — Auch wo das Pfand gerichtlich verkauft werden muß, ist es den Partheien möglich, falls kein gesetzliches Verbot entgegensteht, dem Gläubiger das Recht zum Privatverkauf durch ausdrücklichen Vertrag einzuräumen. vgl. auch preuß. Landr. I. 20 § 29 ff.

2) Hierüber glaube ich auf die sorgfältige Zusammenstellung von Fuchs Concursprozeß S. 36 figende. verweisen zu können.

Digitized by Google

quent iſt der Privatpfandverkauf während der Dauer des Concurſes geſtattet und nur die hyperocha an die Concursmaſſe abzuführen.

2) Das allgemeine deutſche Handelsgeſetzbuch hat für den Verkauf von Fauſtpfändern beſondere Beſtimmungen im art. 310 und 311 getroffen [3]). Dieſelben beruhen weder auf den Principien des römiſchen Rechts, nach welchen der Gläubiger ohne jede Zuziehung des Gerichts auf eigne Gefahr verkauft, noch auf den Grundſätzen, welche die particularrechtliche Praxis ausbildete, wonach ein rechtskräftiges Erkenntniß und Liquidität Bedingungen des vom Richter zu vollziehenden Pfandverkaufs bilden. Vielmehr iſt hier ein drittes, vermittelndes Syſtem geſchaffen, das ſich theoretiſch, weil nicht auf einem reindurchgeführten Princip beruhend, wenig empfiehlt, über deſſen praktiſche Brauchbarkeit die Erfahrung zu ſprechen haben wird. Der Verkauf nach dem Handelsgeſetzbuch iſt an folgende Bedingungen gebunden:

a) Daß ein Fauſtpfand beſtellt wurde und zwar für eine Forderung unter Kaufleuten aus beiderſeitigen Handelsgeſchäften. Bezieht alſo ein Kaufmann Wein von einem Kaufmann für ſeinen Hausbedarf und beſtellt hierfür ein Fauſtpfand, ſo ſind die bezüglichen Beſtimmungen nicht anwendbar.

b) Die Beſtellung des Pfands muß ſchriftlich erfolgt ſein. Es iſt, wie aus der Faſſung des Geſetzes hervorgeht und in den Berathungen ausgeſprochen wurde, die Aufſetzung einer beſondern Urkunde nicht nothwendig, vielmehr iſt Erklärung durch Correſpondenz hinreichend. Genügt es aber, wenn nur der Schuldner brieflich ſich zur Beſtellung des Pfands erbietet, der Gläubiger ſeinerſeits das Verſprechen ſtillſchweigend annimmt? Eine beſondere ſchriftliche Acceptation iſt nicht nöthig, wenn nur der Gläubiger die Verpfändung in ſein Buch (Depotbuch) einträgt oder auch nur eine Quittung über den geſchehenen Empfang der Pfänder dem Schuldner zuſtellt.

c) Endlich iſt gefordert, daß der Schuldner in Verzug ſei.

Unter dieſen Umſtänden kann der Gläubiger ſofort, alſo namentlich auch ohne Abwarten des juſtinianeiſchen biennium und ohne vorgängige Klage den Verkauf veranlaſſen. Doch muß er eine vorgängige Bewilligung des Handelsgerichts und zwar, wie dies conſequent

3) cfr. erſter Entwurf art. 234 ff. zweiter Entwurf art. 290 ff. Protocolle S. 470 S. 1335 ff. v. Kräwel das allgemeine deutſche Handelsgeſetzbuch S. 380. Koch das a. d. Handelsgeſetzbuch S. 315 ff. Thöl Handelsrecht 4. Aufl. § 110.

Digitized by Google

und vernünftig bestimmt ist, des für ihn — den Gläubiger — zuständigen Handelsgerichts fordern; es handelt sich hier nicht um eine Klage gegen den Schuldner, sondern um eine Controle über das Exerciren des Verkaufsrechts durch den Gläubiger. Der Gläubiger, welcher den betreffenden Antrag beim Handelsgericht nicht gerade schriftlich, einreichen muß, vielmehr auch mündlich zu Protocoll stellen kann, hat, wie sich das Gesetz ausdrückt, „die erforderlichen Bescheinigungsmittel" vorzulegen. Wieviel hierbei nachzuweisen ist, kann zweifelhaft sein. Vor Allem ist die schriftliche Bestellung des Faustpfands zu bescheinigen, was regelmäßig durch Vorlegung der betreffenden Urkunden geschehen wird. Außerdem ist gewiß Fälligkeit der Forderung zu bescheinigen. Ob aber auch der Verzug und auf welche Weise?[4]) Unter Gegenwärtigen wird man sich den Beweis des Verzugs durch Zeugen, am besten durch einen Notar verschaffen. Unter Abwesenden wird in der Regel Bescheinigung der Absendung des Mahnbriefs durch Producirung der Abschrift im Copierbuch genügen. Gehör des Schuldners ist nicht gefordert und wird nicht verordnet. Wie aber, wenn derselbe noch vor Bewilligung des Verkaufs beim Handelsgericht unaufgefordert Einsprache thut? Das Gesetz bestimmt hierüber nichts; aber seinem Geist entspricht, daß das Gericht in solchem Fall den Verkauf dann, aber auch nur dann versagt, wenn der Schuldner seine Einreden unmittelbar liquid macht, natürlich nur für den Fall, daß der Gläubiger keine liquiden Repliken vorbringt.

Findet das Gericht die Sache geeignet, um den Verkauf zu bewilligen, so ist es doch nicht schlechthin an den Antrag des Gläubigers gebunden, es kann auch den Verkauf eines Theils der verpfändeten Objecte verfügen, falls die Pfandobjecte einen höhern Werth repräsentiren als die beanspruchte Forderung beträgt und falls die verpfändeten Gegenstände trennbar sind. Das Gesetz unterstellt, daß das Gericht zugleich Vorschriften über die Weise des Verkaufs giebt, und trifft ebendeßhalb hierüber keine Bestimmung. Verfügt das Gericht nichts über die Modalität des Verkaufs, so ist dem Creditor Verkauf aus freier Hand gestattet.

Der Gläubiger ist verpflichtet, dem Schuldner von der Bewilligung, sowie von der Vollziehung des Verkaufs, so weit thunlich, Anzeige zu machen. Diese Anzeige ist keine Bedingung der Gültigkeit des

4) cfr. die treffenden Bemerkungen Prot. S. 476.

Digitized by Google

Verkaufs, sondern nur eine Pflicht des Gläubigers, welche ihm nach den Grundsätzen der bona fides obliegt. Die Unterlassung macht ihn verantwortlich, jedoch nur, wenn ihm die Vornahme möglich war und wenn sie nach den Umständen als vernünftig und zweckmäßig erschien. Hätte der Schuldner seinen Wohnsitz in fernen Welttheilen oder hinderte eine Blokade die Mittheilung, so hätte es keinen Sinn und wäre nicht gefordert, daß dem Schuldner von der Bewilligung des Verkaufs Nachricht gesendet würde. — Zu beachten ist, daß die Anzeige von der Bewilligung und die von der Vornahme des Verkaufs einen verschiedenen Zweck hat. Der Schadenersatz wird bei Vernachlässigung der einen oder der andern Formalität daher in sehr verschiedener Weise begründet werden müssen. Die sofortige Mittheilung der Bewilligung des Verkaufs setzt den Schuldner in den Stand, durch eigne Thätigkeit und die Aufsuchung eines Käufers einen möglichst vortheilhaften Verkauf herbeizuführen. Unterläßt der Gläubiger diese Anzeige, so ist — für den Fall, daß hierin dolus oder culpa lata zu sehen ist — dem Schuldner zu verstatten, die Differenz zwischen dem bei gehöriger Mittheilung erzielbaren und dem wirklichen Erlös durch juramentum in litem vorbehältlich richterlicher Ermäßigung festzustellen [5]). Die Unterlassung der Anzeige des vollzogenen Verkaufs begründet dagegen eine Schadenersatzforderung des Schuldners nur unter besondern Umständen, namentlich dann, wenn dieser die verpfändeten Objecte, ehe er vom Pfandverkauf Nachricht erhielt, selbst verkaufte und wenn er hierdurch dem Käufer regreßpflichtig wurde; ferner dann, wenn sich eine hyperocha ergab und der Verpfänder nachweist, daß er über dieselbe bei gehöriger Mittheilung nach der Lage seiner Geschäftsverhältnisse in vortheilhafter Weise disponirt hätte.

Die gedachte Intervention des Handelsgerichts ist nicht nöthig, wenn *schriftlich vereinbart ist*, daß der Gläubiger sich *ohne gerichtliches Verfahren* aus dem Pfand befriedigen könne, vorausgesetzt, daß ein Faustpfand unter Kaufleuten in beiderseitigen Handelsgeschäften bestellt und der Schuldner in Verzug gesetzt ist. Der Käufer ist hier berechtigt, dies Pfand ohne Zuziehung der Obrigkeit öffentlich verkaufen zu lassen. Daß die Vereinbarung über die Verpfändung schriftlich erfolgt sei, ist nicht gefordert, wenn eben die Verkaufsermächtigung schriftlich geschah. Haben die verpfändeten Objecte

5) vgl. oben S. 152 ff.

Digitized by Google

einen Börsenpreis, so kann sogar der Gläubiger unter der angeführten Voraussetzung den Verkauf nicht öffentlich durch einen Handelsmäkler oder in Ermangelung desselben durch einen zu Versteigerungen befugten Beamten zum laufenden Preis bewirken. Eine Anzeige des bevorstehenden Verkaufs durch den Gläubiger, wie sie das gemeine Recht verlangt, fordert das Handelsgesetzbuch nicht für den Fall schriftlicher Ermächtigung zum Privatverkauf. Es ist dies grundlose Härte für den Fall, daß die vorherige Anzeige des Verkaufs hätte erfolgen können, ohne den Verkauf hinauszuschieben, insbesondere wenn der Schuldner gegenwärtig ist. Dagegen soll eine Denunciation des vollzogenen Verkaufs erfolgen.

Die angeführten Bestimmungen treten nur neben die in den einzelnen Staaten geltenden Normen; der Gläubiger hat daher die Wahl unter Beobachtung der Formalien des gemeinen Rechts oder nach den Formen des Handelsgesetzbuchs zu veräußern.

Anhang.

Von der lex commissoria.

§ 122. Einleitung. Verbot Constantins.

Kaum weniger häufig als die Bevollmächtigung zum Pfandverkauf war in classischer Zeit die Zufügung einer lex commissoria [1]). So bezeichnete man nämlich die Convention, nach welcher die Pfandsache dem Gläubiger im Fall nichtrechtzeitiger Erfüllung verfallen sein sollte.

Wie vortheilhaft eine solche Clausel dem Gläubigar war, das bedarf kaum der Hervorhebung. Entschloß er sich zu ihrer Geltendmachung, so war das Gesammtverhältniß mit einem Schlag geordnet, es bedurfte nicht der Feilbietung des Pfandobjects mit ihrer Mühe und

---

1) Negusantius de pignoribus p. IV n. 1 u. flgnde. Bachov. de pign. lib. I. c. 16 § 4 ff. van Muschenbroek de lege commissoria in pignore 1752 in Oelrichs thes. vol. I, 2 p. 633 ff. Weber, Wie weit erstreckt sich bei Verpfändungen das Verbot der s. g. lex commissoria? Kiel 1784. Glück Pandekten Bd. 14 S. 85. Warnkönig Archiv f. c. Pr. Bd. 24 S. 1 S. 312 Bd. 25 S. 60 S. 226 S. 420 mit ausführlichen Literaturnachweisen Bd. 24 S. 9 ff. Bachofen Pfandr. S. 617 ff. Bangerow Pandekten I. § 383.

Digitized by Google

Verantwortung, nicht einer Aufrechnung mit ihren möglichen Streitigkeiten. Dazu gab der pönale Charakter des Instituts den kräftigsten Sporn zur Erfüllung, sicherte die Pünktlichkeit und Genauigkeit der Entrichtung und hob damit Credit und Verkehr. Es ist richtig, daß durch diese Clausel der Schuldner nicht selten mehr verlor als seine Schuld betragen hatte. An und für sich liegt hierin nichts Bedenkliches. Der Schuldner hat diesen Nachtheil freiwillig auf sich genommen, ohne dieses Geding hätte er vielleicht nicht Geld zu günstigen Bedingungen erhalten, seine Versäumniß trägt die Schuld am Verfall. Kann er sich doch für den Fall der Nichtleistung auch andern Strafen unterwerfen. Indessen wird die genaue Strenge unserer Convention in Zeiten hart erscheinen, in welchen die Rücksicht auf den Schuldner die Sorge für Aufrechthaltung des Credits überwiegt. Zudem barg sie in ihrem Schooß Eigenthümlichkeiten, die den unvorsichtigen Schuldner gefährden und ihn den Machinationen eines verschmitzten und habgierigen Gläubigers bloßstellen. Solange das Capital reichlich vorhanden und angeboten war, konnte das weniger hervortreten. Der creditwürdige Schuldner fand vor dem Verfalltag leicht neue Darlehen zur Abzahlung des Hypothekars, der in keine Prorogation willigte. Um so empfindlicher und drückender mußte jene Härte in einer creditlosen und zerrütteten Epoche erscheinen. Daher sah sich Constantin veranlaßt, in folgendem ans Volk gerichteten Edict die lex commissoria gänzlich zu verbieten.

> l. 1 Cod. Th. de commissoria rescindenda 3, 2. Imperator Constantinus Augustus ad populum. Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem ejus memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. Creditores enim re amissa jubemus recipere quod dederunt. dat. pridie Kal. Febr. Serdicae (anno 320.)

Unsere Constitution machte ursprünglich nur einen Bestandtheil eines größeren Ganzen aus, welches eine Reihe von populären Bestimmungen enthielt. Theile derselben bildeten noch die l. 3 C. Th. de exactionibus 11, 7 erlassen, um der Mißhandlung der Steuerpflichtigen entgegenzutreten, sowie die l. un. Cod. Th. de infirm. poen. coel. 8, 16, welche die Strafen der lex Julia und Papia Poppaea für

Digitized by Google

Ehe- und Kinderlosigkeit beseitigte [2]). Justinian hat die Verordnung fast wörtlich als l. 3 C. de pactis pignorum 8, 35 in seine Compilation aufgenommen. Doch hat er zwischen commissoriae und legis noch pignorum eingeschoben, schwerlich bloß um der Deutlichkeit willen. Allerdings hatte Constantin, wie insbesondere der Schlußsatz zeigt, zunächst den Darlehensgläubiger im Auge. Daß man aber auch die lex commissoria, die der Verkäufer für den Fall der Nichtentrichtung des Kaufpreises zufügte, als mitbetroffen erachtete, ergiebt doch wohl die Stellung unserer Verordnung im Codex Theodosianus unmittelbar nach dem Titel über den Kaufvertrag [3]). Wie dem auch sei, Justinian hat durch jenen Zusatz diese Auffassung von Grund aus beseitigt. — In jeder Zeile unserer Verordnung spricht sich aus, daß sie eine Neuerung beabsichtigte: placet infirmari l. c. — crescebat ejus asperitas; hac sanctione respiret — creditores re amissa jubemus recuperare, der Kaiser giebt also jetzt erst Hülfe und Schutz. Nicht irre machen kann uns hieran die rückwirkende Kraft des Verbots; sie stützt sich nicht darauf, daß unsere Convention früher verboten, sondern darauf, daß Constantin sie für hart und unbillig hielt. Dennoch haben manche Schriftsteller das Verbot bereits in die ältere, classische Zeit versetzt [4]). Danach ließe sich aber nicht einsehen, warum die Compilatoren mit solcher Sorgfalt jede Spur der Erörterungen der classischen Juristen über unsere Clausel auslöschten. Noch Paulus handelte — es ist das ein bemerkenswerther Fingerzeig — in den sententiae in eignem Titel de lege commissoria, wo der Codex Theodosianus de lege commissoria rescindenda spricht.

Die Folge des Verbots ist Nichtigkeit des Vertrags, Ungültigkeit des Eigenthumsübergangs. Der Debitor behielt die rei vindicatio, die actio pigneratitia, der Creditor Forderung und Pfand. Auch Dritten gegenüber bleibt dem Debitor die Vindication gestattet. Sogar den Eigenthumsübergang, der vor Erlaß des Gesetzes erfolgt war, annullirte Constantin, doch wohl nur, wenn der Creditor selbst noch Eigenthümer war; hatte er bereits verkauft oder verschenkt, so ist die rück-

---

2) Gothofredus bringt auch in Verbindung die l. 3 C. Th. ad Sc. Claudianum 4, 11. Doch ist die Subscription verschieden. cfr. Haenel ad h. l.

3) a. Anf. Warnkönig Bd. 24 S. 5.

4) Donellus comm. ad Cod. ad h. l. Cocceji jus controv. XIII. 7 qu. 8 u. A. Dagegen Warnkönig l. c. S. 331.

Digitized by Google

wirkende Kraft des Verbots [5]) fraglich. Ob der Kaiser rückwärts hin eine Zeitgrenze für die Rescission ansetzte, die später als unpraktisch weggelassen wurde, muß dahingestellt bleiben.

§ 123. Charakter der lex commissoria.

Constantins Verordnung verbietet die lex commissoria und übergiebt ihr Andenken ewiger Vergessenheit. Fast sollte es daher scheinen, als ob eine genauere Analyse ihres Wesens wenigstens für das geltende Recht zwecklos sei. Doch sofort erhebt sich die Frage, wieweit erstreckt sich das Verbot, welche Verträge und Clauseln sind durch dasselbe betroffen. Diese Frage, deren Schwierigkeiten sich zu vergrößern scheinen, je näher wir an dieselbe herantreten, ist nur durch eine möglichst genaue Feststellung der einzelnen Charakterzüge der lex commissoria zu lösen. Da uns aber directe Nachrichten über die lex commissoria pignorum nicht erhalten sind, so kann eine solche Bestimmung nur durch Schlüsse und Benutzung von Analogien geschehen.

1) Die Formel, in welche die lex commissoria gefaßt zu werden pflegte, lautete etwa: si pecunia intra diem certum soluta non sit, fundus creditoris esto. Aehnlich ist die Verfallsclausel bei Cato de re rust. cap. 146 gefaßt, si quid deportaverit, domini esto, d. h. wenn der Pachter der Ernte die zum Zweck des Einerntens auf das Grundstück inferirten und dem Grundherrn verpfändeten Geräthe wegbringt, sollen sie diesem verfallen sein. Ebenso schildern die Basiliken die Verfallsclausel *εἰ μὴ καταβληθείη μοι τὸ χρέος ἐντὸς τοῦδε τοῦ χρόνου δεσπότης ἔσομαι τοῦ ἐνεχύρου* [1]).

2) Versäumte der Schuldner die gehörige Entrichtung, so hatte der Gläubiger ohne Zweifel die Wahl, ob er die Forderung beitreiben oder das Pfand verlangen wollte; der Gläubiger war nicht etwa verpflichtet, die Sache anstatt der Forderung zu behalten. Es ergiebt

---

5) Bestätigt ist das constantinische Verbot durch die Reichspolizeiordnung von 1577 tit. XX. § 5. Neuere Gesetzbücher gehen viel weiter und beschränken den Gläubiger in viel höherem Grade, z. B. preuß. Landr. Th. I. Tit. XX. § 33. code civ. art. 2078. östr. Gesetzbuch art. 1371.

1) Bas. XXV. 7 cap. 62. Keine lex commissoria enthält die in l. 45 pr. D. de solut. 46, 3 erwähnte Convention: Callippo respondit: quamvis stipulanti uxori vir spoponderit, dirempto matrimonio praedia, quae doti erant obligata, in solutum dare, tamen satis esse offerri dotis aestimationem, es liegt hier eine persönliche Verpflichtung, kein Bestandtheil eines dinglichen Rechts vor.

Digitized by Google

ſich dies aus naheliegenden Analogien. Selbſt die Befugniß zum Verkauf der Pfandſache iſt ein einſeitiges Recht des Creditors, deſſen Exercitium in ſeinem freien Belieben ſteht; um ſo gewiſſer mußte dies mit unſerer Clauſel von pönalem Charakter der Fall ſein. Ebenſo giebt die lex commissoria, die der Verkäufer zufügt, dieſem das Recht, wenn der Kaufpreis am beſtimmten Termin nicht gezahlt iſt, zu wählen zwiſchen Beitreibung des Kaufpreiſes und Rückfall der Kaufſache „quia id venditoris causa cavetur“ [2]). Dieſer Grund muß auch beim Pfandgläubiger gelten.

Die Wahl aber, die dem Pfandgläubiger zuſtand, war, wir dürfen auch hier ſicher der Analogie der lex commissoria des Verkäufers folgen, unabänderlich, wenn ſie einmal nach Ablauf des Termins getroffen war. Hätte der Creditor die Schuld noch nachher eingefordert oder eine Theilzahlung noch nachher angenommen, ſo hätte er hiermit der lex commissoria entſagt [3]), da ihm ein Recht ſeinen Entſchluß zu ändern nicht zuſtand. Daher bedurfte es nicht einer nach dem Fälligwerden an den Schuldner gerichteten Denunciation, ja ſie war gefährlich, da man in ihr einen Verzicht auf die Verfallsclauſel ſehen konnte [4]).

3) Der Creditor, der nicht im Beſitz der committirten Sache war, hatte nicht etwa, wie man wohl glauben könnte, die actio emti gegen den Schuldner, um ſich die Ueberlieferung derſelben zu verſchaffen. Der Gläubiger iſt bei Ausübung der Verfallsclauſel nicht Käufer. Dies werden wir ſpäter noch näher nachweiſen. Dem Creditor, der die Committirung geltend machen will, ſtand die actio hypothecaria offen. Der Beſitzer konnte ſie, nachdem ſich der Gläubiger für Committirung entſchied, nicht mehr durch Oblation der Schuldſumme beſeitigen, da der Creditor wider ſeinen Willen von jetzt an Zahlung nicht mehr annehmen muß. — Von dem Moment an, in welchem der Gläubiger den Beſitz erlangte, wurde er, wie durch Tradition, Eigenthümer. Und zwar kam es nicht darauf an, ob bis zu dieſem Augenblick noch der Verpfänder Eigenthümer war oder ob ein Succeſſor deſſelben Eigen-

---

2) l. 2 D. de lege commissoria 18, 3. l. 3. l. 6 § 2 D. eod. Aehnliches bei der addictio in diem l. 9 D. 18, 2.

3) l. 6. l. 7 D. de lege commissoria 18, 3.

4) l. 12 C. de contr. stip. 8, 37. l. 4 § 4 D. de lege comm. 18, 3.

Digitized by Google

thum erworben hatte. Die lex commissoria war eben Beſtandtheil des dinglichen Rechts des Gläubigers, das gegen Jeden wirkt. Dies iſt eine Conſequenz des Sachverhältniſſes, deren Realität ſich allerdings beim Mangel directer Quellenzeugniſſe nicht unmittelbar beweiſen läßt.

4) Der Creditor ſollte nicht die Sache gewinnen und außerdem die verſicherte Forderung geltend machen können; exercirte er die lex commissoria, ſo verlor er ſeine Forderung [5]).

Hierbei iſt aber von großer Wichtigkeit, daß das Pfand ganz verfiel, nicht nur dann, wenn die Forderung am Verfalltag noch völlig im Rückſtand war, ſondern auch wenn ein Theil derſelben getilgt war und nur ein geringer Reſt fehlte. Auch eine Rückforderung des bereits gezahlten Theils der Schuld ſtand dem Schuldner nicht zu. Der Gläubiger lucrirte alſo außer der Sache die eingenommenen Raten. Hierfür ſpricht vor Allem die Analogie der lex commissoria beim Kaufvertrag; der Käufer, der unter ſolcher Clauſel erwarb und mit dem Kaufpreis in theilweiſem Rückſtand iſt, geht der Kaufſache im Fall des Exercirens der Verfallclauſel verluſtig, ohne daß er das bereits Gezahlte zurückfordern kann [6]). Ein Zeugniß, das ſpeciell die Pfandverhältniſſe betrifft, finden wir in einer Entſcheidung von Paulus libro 75 ad edictum l. 85 § 6 D. de V. O. 45, 1.

> Item si ita stipulatio facta sit: si fundus Titianus datus non erit, centum dari, nisi totus detur, poena committitur centum; nec prodest partes fundi tradere cessante uno, quemadmodum non prodest ad pignus liberandum partem creditori solvere.

Die Strafe von hundert verfällt ganz, wenn auch nur ein Theil des Grundſtücks, deſſen Leiſtung primär verſprochen war, nicht tradirt

---

5) Daher Conſtantin verordnet: jubemus re amissa recuperare id, quod dederunt.

6) l. 4 § 1 D. de lege commissoria 18, 3. Sed quod ait Neratius, habet rationem, ut interdum fructus emtor lucretur, cum pretium quod numeravit perdidit. Igitur sententia Neratii tunc locum habet, quae est humana, quando emptor aliquam partem pretii dedit. Unrichtig ſcheint die Auslegung Kellers Pand. § 325: die gegebene arrha verliert der Käufer, das theilweiſe bezahlte pretium dagegen nur, wenn dies beſonders bedungen iſt und dann gegen Beibehaltung der Früchte. Im Gegentheil, ſagt der Juriſt, der Käufer lucrire die Früchte ſtets, wenn er einen Theil des Kaufpreiſes gezahlt habe — offenbar weil dieſer ſtets verloren geht. vgl. l. 6 D. eod. id quod arrhae vel alio nomine datum esset, apud venditorem remansurum.

Digitized by Google

wird; ebensowenig soll eine theilweise Zahlung das Pfand liberiren. Wenn Paulus bei der Strafstipulation aufs Pfandverhältniß zurückverweist, so denkt er gewiß zunächst an die gleichfalls pönale lex commissoria.

Gerade diese Eigenthümlichkeit der lex commissoria war dem Schuldner besonders gefährlich und mochte dem Gläubiger leicht zu unlautern Machenschaften Veranlassung geben. Der Creditor wußte Theilzahlungen zu erlangen, spielte dann den Nachsichtigen, so daß der Schuldner glaubte, das Capital stehen lassen zu können. Wenn er dies am wenigsten erwartete, erklärte sich der Gläubiger für die Committirung. Solcher Art mögen wohl die captiones gewesen sein, welche Constantin beklagt.

§ 124. Fortsetzung. Verkauf der Pfandsache an den Creditor.

Der commissorische Vertrag scheint mit dem Verkauf der Pfandsache an den Creditor nah verwandt. Wie der Käufer in Folge des Kaufcontracts, so erwirbt der Gläubiger durch die lex commissoria das Pfandobject und wie jener einen Preis hiefür zahlt, so verliert dieser für dieselbe seine Forderung. Nichts wäre jedoch irriger als beide Verhältnisse als identisch anzusehen und das Verbot der lex commissoria auch als anwendbar für den Verkauf des Pfandes an den Creditor zu halten [1]). Wie verschieden beide Conventionen sind, geht schon aus Folgendem zur Genüge hervor. Der Verkauf der fiducia an den Creditor war nichtig, da Niemand seine eigne Sache kaufen kann; eine lex commissoria hingegen war bei der fiducia durchaus statthaft und seit alter Zeit gewöhnlich [2]).

In der That geht die Absicht des Verkäufers beim Vertragsschluß dahin, die Sache für den Kaufpreis aufzugeben, die des Käufers dieselbe zu erwerben; beide übernehmen zu diesem Zweck entsprechende per-

---

1) Dies geschieht durch die Westgothen in der interpretatio von Constantins Verordnung: commissoriae cautiones dicuntur, in quibus debitor creditori suo rem ipsi oppigneratam ad tempus vendere per necessitatem conscripta cautione promittit. Doch die Autorität dieser Provincialen bei seinen juristischen Distinctionen ist sicher nicht hoch anzuschlagen; aus einer classischen Quelle haben sie sich hier gewiß nicht inspirirt.

2) Paul. sent. II. 13 §. 3. Debitor creditori vendere fiduciam non potest.

Digitized by Google

ſönliche Verpflichtungen. Bei der Zufügung einer lex commissoria iſt die Abſicht des Eigenthümers nichts weniger als die Sache dem Gläubiger zu übertragen, er unterwirft ſich nur dem Verluſt als einer Strafe, einer womöglich abzuwendenden und nicht gewünſchten Eventualität. Umgekehrt, der Gläubiger bindet ſich noch in keiner Weiſe, vielmehr hängt es noch ganz von ſeiner freien Entſchließung ab, ob er erwerben will oder nicht. Ebenſo auffallend iſt folgende Verſchiedenheit. Bei einem Verkauf iſt ein Kaufpreis und zwar ein beſtimmter Preis Erforderniß [3]). Die Größe deſſelben ſoll im Augenblick des Contracts der Regel nach bereits feſt fixirt ſein; bei dem Exerciren der lex commissoria verliert der Erwerber für die Sache das Recht der Geltendmachung der Forderung und zwar nach dem Betrag, den ſie im Moment der Committirung hat, der alſo jetzt noch nicht zu überſehen iſt.

Wer dies zugiebt, wird doch vielleicht folgendermaßen argumentiren. Der Grund des conſtantiniſchen Verbots beſteht in der Beobachtung, daß ſich der Schuldner, der ſich in Geldnoth befindet, leicht die härteſten Bedingungen für den Fall der nicht rechtzeitigen Erfüllung gefallen läßt, indem er ſich der trügeriſchen Hoffnung hingiebt, daß er vor dem Termin Zahlung leiſten könne. Auf ſolche Weiſe gelingt es dem habſüchtigen Gläubiger, das Eigenthum einer Sache zu erlangen, die weit mehr werth iſt, als der Schuldbetrag, für den ſie verpfändet war, dies will Conſtantin verhindern [4]). Die gleiche Uebervortheilung des Schuldners iſt aber möglich, wenn der Gläubiger im voraus oder nachträglich einen Kauf über die Pfandſache abſchließt. Deßhalb ſei anzunehmen, daß auch ein Verkauf der Pfandſache an den Gläubiger zu einem Preis unter dem Sachwerth durch das Verbot betroffen und ungültig werde.

Dies halten wir ſchlechthin für unrichtig. Die lex commissoria iſt bei der Verpfändung unterſagt, ohne alle Rückſicht darauf, ob etwa der Werth der verfallenen Sache dem Betrag der Forderung entſpricht oder nicht. Ein Verkauf der Sache an den Creditor iſt erlaubt, mag er nun für den Gläubiger oder den Schuldner vortheilhaft ſein. Die lex commissoria iſt in ihrer ſpecifiſchen juriſtiſchen Form, um ihrer eigenthümlichen Gefahren für den Schuldner willen, verboten; auf Con-

3) l. 7 § 1 D. de contr. emt. 18, 1.

4) So u. A. Geſterding Pfandr. S. 233. cfr. Warnkönig l. c. Bd. 24 S. 351.

Digitized by Google

tracte von einem andern juristischen Charakter ist dies nicht anwendbar.

Dies Resultat bestätigen, wie uns scheint, die justinianeischen Quellen vollständig. Wir sprechen zuvörderst von dem Verkauf, der nach dem Abschluß des Pfandcontracts zwischen Gläubiger und Schuldner abgeschlossen wird, dann von dem sofort bei der Verpfändung bedingt contrahirten.

1) Wenn die Forderung des Capitalisten fällig ist und der Schuldner sich außer Stand findet dieselbe zu bezahlen, so kann der Gläubiger unter Umständen einen harten Druck auf den Schuldner ausüben und nicht selten einen wohlfeilen Verkauf erzwingen. Gleichwohl betrachtete man einen solchen Verkauf auch nach der Verordnung von Constantin als vollgültig. Dies ergiebt die Aufnahme einer großen Anzahl von Entscheidungen der classischen Juristen in die justinianeische Compilation[5]. Insbesondere gehört hierher:

> l. 12 pr. D. de distract. pignorum 20, 5. Tryphoninus libro 8 disputationum. Rescriptum est ab imperatore libellos agente Papiniano creditorem a debitore pignus emere posse, quia in dominio manet debitoris.

Papinian hatte die Möglichkeit des Verkaufs des pignus im Gegensatz zur fiducia hervorgehoben; in der Compilation hätte das Verbot der lex commissoria Bedenken erregen können, wenn man lex commissoria und Verkauf an den Gläubiger identificirt hätte. Die Compilatoren unterscheiden gleichwohl nicht, ob die Veräußerung zu angemessenem oder wucherischem Preis geschah. Sie erklären durch Aufnahme unserer Stelle den Verkauf der Pfandsache an den Gläubiger nach Abschluß des Pfandcontracts schlechthin für gültig[6]. Offenbar verkehrt ist die Ansicht, daß diese und alle ähnlichen Entscheidungen altes Recht enthielten, das durch die constantinische Verordnung beseitigt

---

5) l. 20 § 3 D. de p. a. 13, 7. l. 44 D. de solut. 46, 3. l. 9 § 1 D. de Publ. act. 6. 2. l. 1 C. si antiquior creditor 8, 20.

6) Ebenso ist eine datio in solutum gültig. l. 13 C. de pignoribus 8, 14. Quum dominam, non minorem XXV. annis ea quae obligaverat tibi jure dominii possidere permisisse et in solutum dedisse precibus significes, dominae contractus et voluntas ad firmitatem tibi sufficit. Der Implorant verlangte wohl den kaiserlichen Zuschlag, wie er nothwendig gewesen wäre, wenn er ohne Willen der Schuldnerin Eigenthum am Pfand hätte erwerben wollen. Der Kaiser macht ihn darauf aufmerksam, daß er hier unnöthig sei.

Digitized by Google

worden sei, daß sie also nur aus rechtsgeschichtlichen Gründen in der Compilation Aufnahme gefunden hätten [7]). Ebensowenig ist es richtig, aus diesen Stellen, die vom Verkauf an den Gläubiger handeln, den Satz abzuleiten, daß ein nach der Verpfändung abgeschlossenes pactum commissorium gültig sei [8]).

2) Denkbar ist auch, daß die Partheien sofort bei der Verpfändung für den Fall der Nichterfüllung der versicherten Forderung den Verkauf der Pfandsache an den Creditor um eine bestimmte Summe verabreden. Ein solcher Vertrag ist durchaus gültig und wird durch das Verbot der lex commissoria nicht getroffen. Ob die Summe im Verhältniß zum Sachwerth steht, ist bei einem solchen wie bei jedem andern Kauf — abgesehen von den Vorschriften über laesio enormis — irrelevant. Es sind hier von vornherein, im Gegensatz zur lex commissoria, beide Theile gebunden, der Kaufpreis ist ein bestimmter. Der Käufer hat die actio emti auf Tradition der Sache, der Verkäufer die actio venditi. Hat etwa ein Dritter Besitz oder gar Eigenthum der Sache erlangt, so kann ihm gegenüber der Verkauf, welcher nur ein persönliches Recht erzeugt, natürlich nicht zur Geltung gebracht werden. Die mit dem Verkauf cumulirte Verpfändung ist gerade für den Fall einer solchen Veräußerung wichtig; der Gläubiger hat gegen den dritten Besitzer eine actio hypothecaria, die freilich von diesem durch Oblation der versicherten Summe stets beseitigt werden kann. Allerdings kommen Verkaufsverträge solcher Art vor, die den classischen römischen Juristen Bedenken erregen; doch nicht, weil sie sich der lex commissoria näherten; diese war ja zu ihrer Zeit vollständig erlaubt, sondern weil sie die Requisite eines gültigen Verkaufs nicht an sich zu tragen schienen. Dies geht hervor aus einer Entscheidung, die sich in den fragm. Vat. § 9 erhalten hat.

> Creditor a debitore pignus recte emit sive in exordio contractus ita convenit sive postea: nec incerti pretii venditio videbitur, si convenerit ut pecunia foenoris non soluta creditor jure empti dominium retineat: cum sortis et usurarum quantitas ad diem solvendae pecuniae praestitutam certa sit.

---

7) Emminghaus ad Cocceji jus controv. 13, 7 qu. 9. bag. Thibaut Abh. S. 99.

8) vgl. Bangerow I. 383 1).

Digitized by Google

Der Vertrag, den hier Papinian behandelt, scheint — und dies ist auch die Ansicht der neueren Schriftsteller [9]) — eine lex commissoria zu enthalten. Der Gläubiger soll, was das Charakteristische der Verfallsclausel scheint, die Sache statt der Forderung behalten. Gleichwohl sind wir überzeugt, daß keine lex commissoria hier vorliegt und zwar wegen der Zusatzworte „ut jure emti retineat.“ Die lex commissoria als ein pönaler Contract wurde nicht begünstigt und nicht durch utile Interpretation aufrecht erhalten; sowie also ein seinem Wesen widersprechendes Merkmal in die Formel des Vertrags aufgenommen war, konnte von ihr keine Rede sein. Nur das Eine war Papinian fraglich, ob der Vertrag als Kaufcontract aufrechtzuhalten sei. Er bejaht dies aus dem Grund, weil er als Preis unterstellt die Summe des Darlehenscapitals und der Zinsen bis zum festgesetzten Termin, eine Summe, die allerdings von vornherein mit größter Sicherheit berechnet werden konnte. Die Unterschiede aber von einer lex commissoria sind dem Ausgeführten nach folgende; einmal ist auch der Gläubiger gebunden und hat nicht wie bei der Poenalverabredung die Wahl. Dann ist der volle Betrag der Forderung Kaufpreis; wenn der Schuldner etwas hiervon gezahlt hat, so fordert er den entsprechenden Betrag mit der actio venditi als Kaufpreis zurück und compensirt mit dem Schuldrückstand auf den übrigen Theil des Kaufpreises. Bei einer lex commissoria wäre die Theilzahlung verloren gewesen. Ueberhaupt ist von Wichtigkeit, daß bei solchem Verkauf actiones emti et venditi sich finden, die bei dem Verfall der Pfandsache unzuständig sind.

Einen ähnlichen Charakter, wie Papinians Entscheidung, hat eine Erörterung von Scävola, welche Aufnahme in die justinianeische Sammlung fand.

lib. 7 Digestorum l. 81 D. de contr. emt. 18, 1.

Titius, quum mutuos acciperet tot aureos sub usuris dedit pignori sive hypothecae praedia et fidejussorem Lucium: cui promisit intra triennium proximum se eum liberaturum. Quod si id non fecerit die suprascripta et solverit debitum fidejussor creditori, jussit praedia emta esse, quae creditoribus obligaverat. Quaero cum non sit liberatus Lucius fidejussor a Titio, an si solverit creditori empta haberet, suprascripta praedia? Respondit si

9) So Warnkönig l. c. Bd. 24 S. 318.

Digitized by Google

non ut in causam obligationis, sed ut empta habeat, sub conditione emptio facta est et contractam esse obligationem [10]).

Scävola findet, es liege hier ein gültiger Kaufcontract vor, wenn nicht etwa bloß die Absicht war, daß die Sache dem Bürgen bis zur vollständigen Deckung der Schuld pfandweise überlassen sein solle [11]). Als Kaufpreis supponirt er ohne Zweifel die Schuldsumme mit dreijährigen Zinsen. Dieselbe kann als pretium certum angesehen werden. — Die Compilatoren nahmen die Stelle auf, ohne sich durch die Verordnung Constantins behindert zu fühlen. Die allein genügende Antwort ist, es liegt kein Verfallvertrag vor, sondern ein fester, beide Theile bindender, wenn auch vorerst bedingter Kauf, dieser aber wird durch das Verbot nicht betroffen [12]).

Verwandte Zweifel bot endlich ein Vertrag, den Marcian libro sing. ad formulam hypothecariam bespricht:

l. 16 § 9 D. de pignoribus 20, 1.

Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia jure emtoris possident rem justo pretio tunc aestimandam: hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt.

Das Bedenken Marcians lag einzig darin, daß die Größe des hier verabredeten Kaufpreises bei Abschluß des Kaufvertrags noch ungewiß war und daß von spätern Ereignissen, der künftige Werth bestimmt werden sollte. Der strengen Regel nach aber mußte der Kaufpreis im Moment des Abschlusses bereits objectiv gewiß sein. Indessen hielt man zu Marcians Zeit bereits den Kaufvertrag für gültig, bei dem der Kaufpreis erst durch die künftige Entscheidung eines bestimmten Schiedsmanns festgesetzt werden sollte. In diesem Sinn mußte auch unsere Convention als zulässig erscheinen [13]).

---

10) Statt des handschriftlichen emtio facta est ist zu lesen emtionem factam esse. vgl. auch Vangerow § 383 3) und dort Citirte.

11) Oben Bd. I. S. 184 ff. l. 3 C. plus valere quod agitur 4, 22.

12) a. Anf. Balduin de pign. c. 17 in f. Glück Bd. 14 S. 102. Unterholzner Schuldverh. Bd. 2 S. 860: „es wird an ein justum pretium zu denken sein, wenn sich auch Scävola nicht so bestimmt ausdrückt."

13) Für beseitigt durch den Codex hält diese Entscheidung sowie die l. 81 D. 18, 1. Weber Vers. S. 365. Seuffert Abh. II. n. 20 S. 101 ff. Dagegen Glück Bd. 14 S. 99.

Digitized by Google

Iſt nun unſere Erörterung etwa in die Pandekten um deßwillen aufgenommen, weil der Preis der Sache ein angemeſſener und billiger iſt, der Grund der Verordnung Conſtantins alſo wegfällt? Uns ſcheint dies nicht erweisbar [14]). Nicht der Verkauf der Pfandſache iſt, wie uns die andern Stellen lehren, verboten, ſondern die lex commissoria [15]). Sie liegt hier nicht vor. — Noch einige ſpecielle Fragen bedürfen zum Schluß einer Beantwortung.

1) Nicht nur der nackte Verfallvertrag, ſondern jeder Vertrag, der eine Umgehung deſſelben in ſich ſchließt, iſt nichtig. Aber er muß auch wirklich die ſpecifiſchen Merkmale des Verfallvertrags an ſich tragen. Dies iſt an und für ſich nicht der Fall bei einem Verkauf mit Vorbehalt des Wiederkaufs [16]), ſchon deßwegen, weil hier der Capitaliſt nicht die Wahl hat, ob er die Forderung einceſſiren, oder die Sache behalten will, das Wahlrecht vielmehr zunächſt in der Hand des Geldnehmers iſt.

2) Ein Verzicht auf die Geltendmachung der Nichtigkeit der lex commissoria iſt natürlich ohne Kraft, wenn er ſofort beim Contractsſchluß erfolgt, ſonſt wäre die Bedeutung des Verbots illuſoriſch. Dagegen kann der Schuldner, nachdem der Verfall eingetreten iſt und der Creditor ſich für das Behalten der Sache entſchließt, ohne Bedenken auf die Anfechtung verzichten, da er dem Creditor verkaufen und das Eigenthum der Sache überlaſſen könnte. Hieraus folgt, daß, wenn der Debitor die Anfechtung der lex commissoria unterläßt, der Richter die Ungültigkeit derſelben nicht, wie man neuerdings behauptet hat, ex officio zur Sprache bringen kann [17]).

3) Eine vom Mittelalter überkommene Streitfrage iſt, ob eine lex commissoria durch Eid Gültigkeit erhalte [18]). Nach den allgemeinen Grundſätzen des canoniſchen Rechts erzeugt ein ſolcher Eid des Schuldners an und für ſich eine ſubjective Verpflichtung des Schwörenden, den Eid zu halten und dem Gläubiger die Pfandſache zu belaſſen. Nur

---

14) So O.-A.-Ger. zu Dresden Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1850 n. 2 (auch Seuffert Archiv Bd. III. n. 12).

15) cfr. Bachofen Pfandr. S. 623 und beſonders Bangerow I. § 383 2).

16) Warnkönig l. c. Bd. 24 S. 377 behandelt die Frage mit Anführung vieler Autoritäten, findet aber hier nur eine quaestio facti.

17) a. Anſ. bei Römer Frankf. Samml. I. S. 110 ff. (auch bei Seuffert Archiv Bd. 8. n 237).

18) Glück Bd. 14 S. 93. Warnkönig Archiv Bd. 25 S. 226 ff. und dort Citate. Bangerow § 383 sub. 4.

Digitized by Google

bestimmt die 7 C. de pignoribus 3, 21, daß dieser Eid den Schuldner dann nicht mehr binde, vielmehr erfüllt sei, wenn derselbe subjectiv ohne jede Schuld beim Verfall war, namentlich wenn er die Schuldsumme rechtzeitig an den Gläubiger abgeschickt hat und diese verloren ging. Aber auch dann wären die Creditoren anzuhalten, dem Schuldner den Eid zu erlassen, wenn der Contract in concreto einen wucherischen Charakter hätte, und der Gläubiger durch den Gewinn der Sache ein sein Seelenheil gefährdendes Unrecht beginge [19]).

Viertes Hauptstück.

Von den Schutzmitteln des Pfandrechts.

§ 125. Einleitende Bemerkungen.

Beginnt der Creditor einen Rechtsstreit, um sich den Besitz seines Pfands zu verschaffen, so tritt ein Conflict hervor, der zwar mehr oder minder bei jeder Klage in ähnlicher Weise obwaltet [1]), nirgends aber bedenklicher ist, als bei der Pfandklage. Der Richter kann das Urtheil zu Gunsten des Creditors erst dann fällen, wenn er sich von dessen Recht überzeugt hat; die Ermittlung dieses Rechts fordert, wenn es vom Beklagten bestritten wird, meist längere Zeit. Der Creditor aber fühlt sich beschwert durch solche Verzögerung. Nicht ohne Grund ist er besorgt für das Schicksal seiner Pfänder — besonders der Mobilien — in der Hand eines insolventen Schuldners, der nichts mehr zu verlieren hat, oder auch eines bösen und chicanösen Dritten, der in der vergönnten Zwischenzeit die Sache deteriorirt, zu veräußern droht. Leicht wird der Aufschub der Ruin seines Rechts und macht die beste Pfandcaution illusorisch.

Der classische Prozeß der Römer hat nun beide Anforderungen: gründliche Untersuchung und unmittelbare Sicherung in einfachster Weise gleichzeitig zu erfüllen gewußt [2]). Jeder mit einer Pfandklage

---

19) cap. 1. 6. 20. X. de jurejurando 2, 14.

1) cfr. Briegleb summarische Prozesse S. 173 flgnde.

2) cfr. Gaj. IV. § 89. Igitur si verbi gratia in rem tecum agam, satis mihi dare debes: aequum enim visum est, te ideo, quod interea tibi rem, quae

Digitized by Google

belangte Besitzer mußte damals — wie andere dinglich Beklagte — bei Beginn des Prozesses, ehe dieser noch vor den Juder verwiesen wurde, eine cautio judicatum solvi leisten, wodurch er gehörige Defension, Erfüllung des Judicats und loyales und treues Benehmen in der Zwischenzeit angelobte. Diese Caution war durch ordentliche und solvente Bürgen zu versichern. Wurde sie gestellt, so war der Kläger genugsam gedeckt. Wollte oder konnte aber der Verklagte die Bürgen nicht beschaffen, dann erhielt der Creditor sofort ohne lange Verhandlung, ohne Abwarten, ohne einen Nachweis seiner Berechtigung liefern zu müssen, den Besitz des Pfandobjects, freilich nur gegen entsprechende Caution, wenn der Gegner nun seinerseits sein Recht durch Klage wahren zu wollen erklärte [3]). Für Immobilien hatte der Prätor ein eignes Interdict proponirt — nach seinen Anfangsworten trug es den Namen quem fundum — wodurch er dem dinglich Beklagten, welcher das eingeklagte Object nicht gehörig — mit der besagten Satisdation — defendirte, Uebergabe an den Creditor zur Pflicht machte [4]); weigerte sich der Verklagte dem Befehl nachzukommen, so mußte er als ungehorsam eine Strafsponsion leisten [5]); er wurde zur Herausgabe des Besitzes verurtheilt und bei beharrlichem Widerstand wurde die Uebertragung selbst manu militari vollzogen [6]). Für Mobilien war freilich dies Interdict nicht bestimmt. Hier aber griff die actio ad exhibendum ein, bei der es genügte, daß Kläger auch nur summarisch sein Interesse wahrscheinlich machte. Sie nöthigte den Verklagten zum Vorbringen der Sache bei Gericht, ohne ihm Raum zum Verzug zu gönnen. Leistete er dann nicht sofort Satisdation, so wurde dieselbe entweder dem Kläger eingehändigt oder wenigstens sequestrirt [7]). So kam in Rom der ordentliche Prozeß jedem billigen Verlangen des Creditors entgegen. Außerordentliche summarische Rechtsmittel waren daneben kein Bedürfniß. Wenn doch neben der actio hypothecaria für ein einzelnes Verhältniß

---

an ad te pertineat, dubium est, possidere conceditur, cum satisdatione mihi cavere. l. un. C. uti possidetis 8, 6 (Diocletianus).

3) l. un. C. uti possidetis 8, 6. l. 80 D. de R. V. 6, 1.

4) Ulp. Inst. fr. IV. fragm. Vat. § 92. Rudorff Ztschrft. für gesch Rechtsw. Bd. 9 S. 7 Rechtsgesch. II. S. 240.

5) Gaj. IV. § 166.

6) cfr. l. 3 D. ne vis. fiat ei 43, 4. — l. 5 § 27 D. ut in poss. legat. 36, 4. l. 1 § 2 D. si ventris nomine 25. 5. l. 82 D. de judiciis 5, 1.

7) cfr. l. 11 § 1 D. ad exhibendum 10, 4. — l. 7 § 2 D. qui satisdare cogantur 2, 8. Muther Sequestration S. 153 ff.

Digitized by Google

das interdictum Salvianum bestand, so hatte dies seinen historischen Grund darin, daß dies Interdict älter war und der Serviana erst den Weg bahnte. Es erhielt sich, weil es den widerspenstigen Beklagten auch noch mit Strafe belegte und insofern allerdings effectvoller wirkte. Aber wenn es aus alter Zeit in der Rüstkammer der römischen Rechtsmittel aufbewahrt wurde, so hat es eine Bedeutung über den beschränkten Kreis hinaus für den es geschaffen war — den Pacht — in Rom nicht erhalten.

Die Pflicht des beklagten Besitzers zur Stellung von Bürgen ist schon im justinianeischen Rechte weggefallen [8]). Die ordentliche Klage, die jetzt dem Creditor Sicherung erst in ferne Aussicht stellte, konnte seitdem nicht mehr genügen. Das Recht mußte sich neue Wege bahnen, um den Creditor zu schützen. Zwar die römisch-christliche Kaiserzeit vermochte zu ausreichenden Neubildungen nicht zu gelangen. Aber das germanische Mittelalter hat, anknüpfend an trümmerhafte Bemerkungen der römischen Quellen, bald weiterbildend, bald mißverstehend und umbildend, neben der ordentlichen Klage dem Pfandgläubiger summarische Prozeßmittel eröffnet. Mittelst derselben wird der Creditor in den Besitz der Pfandsache gesetzt, noch ehe sein Recht vollständig und definitiv erwiesen ist, falls er nur — bald mehr bald weniger — Thatsachen festgestellt hat, die seine Berechtigung wahrscheinlich machen. Die außerordentlichen Mittel treten seitdem der ordentlichen Klage fast ebenbürtig zur Seite.

Diese Bemerkungen zeichnen den Weg, den unsere Untersuchung in unserer Materie nehmen muß. Wir haben den classischen Prozeß in seinen Eigenthümlichkeiten zu erfassen, dann werden uns auch die Grundgedanken der neueren Praxis bestimmt und klar entgegentreten. Heute wie vor zweitausend Jahren verfolgt die Pfandklage wesentlich dieselben Zwecke und die Aehnlichkeit ist im Ganzen überwiegend geblieben. Aber Vieles ist in den organischen Einrichtungen des Prozesses auch geändert und das alte Ziel wird auf anderm Weg erreicht.

---

8) § 2 J. de satisdat. 4, 11.

Digitized by Google

Erſtes Kapitel.

Ordentliches Verfahren.

§ 126. Einleitung.

Die Klage, wodurch ſich der Creditor ordentlicher Weiſe den Beſitz ſeines in fremder Hand befindlichen Pfands verſchafft, iſt die actio Serviana und quasi Serviana oder wie ſie auch ihrer materiellen Natur nach genannt wird, die actio hypothecaria oder pigneratitia [1]). Ihre hiſtoriſche Entwicklung, von beſcheidenem Anfang aus zu umfaſſender Bedeutung, haben wir früher zum Gegenſtand der Erörterung gemacht [2]). Hier iſt ihr innerer Mechanismus, ſind ihre materiellen Vorausſetzungen und Zielpunkte zu unterſuchen.

Die actio hypothecaria iſt eine dingliche Klage, ſie ſchützt nur das Pfandrecht an körperlichen Sachen; für den Gläubiger, welchem Rechte anderer Art insbeſondere Forderungen verpfändet ſind, dienen Rechtsmittel anderer Art [3]). Nichts iſt unrichtiger, als der immer wieder auftauchende Verſuch, die actio hypothecaria zu einer Klage zu ſtempeln, welche auch bei der Verpfändung von Rechten eintreten könne und alſo gleichſam eine neutrale, bald dingliche, bald perſönliche Stellung habe [4]).

Ulpian erklärt: lib. 15 ad edictum l. 17 D. de pignoribus 20, 1 pignoris persequutio in rem parit actionem creditori.

Das heißt: die gerichtliche Verfolgung des Pfands führt zu einer actio in rem, ſie geſchieht alſo durch dieſe [5]). Wem dies nicht deutlich genug ſein ſollte, dem erklärt Diocletian:

> l. 18 C. de pignoribus et hypothecis 8, 14. Pignoris vel hypothecae persequutio in rem est.

In einer Menge von Stellen wird die Pfandklage eine vindicatio [6])

---

1) Ueber dieſe Benennungen ſiehe Büchel Abh. 1. Aufl. Natur des Pfandrechts S. 109 ff. Bachofen Pfandrecht S. 28.

2) Bd. I. S. 62 ff.

3) cfr. Bd. I. S. 462 Anm. 2.

4) Neuerdings wieder: Albert Schmid: die Grundlehren der Ceſſion S. 93 ff.

5) Unhaltbar meines Erachtens die Erklärung von Schmid l. c. S. 100.

6) Die Pfandklage wird als vindicatio bezeichnet: l. 43 D. de p. a. 13, 7. l. 16 § 3. l. 28 l. 29 pr. D. de pignoribus 20, 1. l. 12 pr. D. qui pot. 20, 4. l. 12 § 1 D. q. m. p. s. 20, 6. l. 10 C. de pign. act. 4, 24. l. 27 C. de pignori-

Digitized by Google

genannt, in andern eine in rem actio [7]). Wird an andern Orten bei der Pfandklage von einer persequutio gesprochen, so kann dies nicht gegen unsere Ansicht angeführt werden [8]). Persequutio ist Rechtsverfolgung überhaupt, über die specielle Form und den eigenthümlichen Charakter derselben sagt das Wort nichts aus [9]). Diesen allgemeinen Charakter bezeugt:

> l. 28. D. de obl. et act. 44, 7. Actio in personam infertur, petitio in rem, persequutio in rem vel in personam rei persequendae gratia.

Daraus läßt sich durchaus nicht schließen, daß die Pfandklage bald eine dingliche, bald eine persönliche sei, je nachdem das pfandrechtlich verfolgte Recht des Verpfänders dinglich oder persönlich ist. Wenn auch der Ausdruck persequutio an und für sich neutral ist, so wird eben bestimmt gesagt, daß die pignoris persequutio in rem ist.

Die Pfandklage als dingliche Klage richtet sich in wichtigen Punkten nach den Grundsätzen der vornehmsten und entwickeltsten dinglichen Klage, der Eigenthumsklage. Bei Fragen, die in den Quellen direct nicht entschieden sind, werden wir deren Analogie benutzen dürfen. Einleuchtend ist aber, daß die eigenthümlichen Anforderungen des Pfandverhältnisses wieder mancherlei Abweichungen hervorbringen müssen.

§ 127. Activ- und Passivlegitimation.

Wir betrachten zunächst Kläger und Beklagten bei der Pfandklage:

---

bus 8, 14. l. 4 l. 5 C. de remiss. pign. 8, 26. l. 11 C. eod. l. 2 C. si unus ex pluribus heredibus 8, 32 u. a. a. O. Büchel l. c. S. 115 ff. Bachofen S. 31 Anm. 2.

7) Als actio in rem erscheint die Pfandklage § 7 § 31 J. de act. 4, 6. l. 16 § 3 D. de pign. 20, 1. l. 3 § 3 D. ad exhib. 10, 4. l. 9 § 1 D. q. m. p. s. 20, 6. l. 66 D. de evict. 21, 2. l. 14 C. de obl. et act. 4, 10. l. 14 C. de pignoribus 8, 14. l. 9 C. qui pot. in pignore 8, 18. l. 2 C. de quadr. praesc. 7, 37. Bachofen Pfandrecht S. 30 Anm. 1.

8) Büchel Abh. (1. Aufl.) Natur des Pfandrechts S. 106 not. 20. Bachofen Pfandrecht S. 31 not. 6.

9) Dieses allgemeinen Charakters wegen nimmt die formula Aquiliana neben actio und petitio auch persequutio auf. l. 18 § 1 D. de acceptil. 46, 4. ebenso die cautio de rato l. 23 D. ratam rem 46, 8. deßwegen begreift persequutio auch die extra ordinaria cognitio in sich, ist aber weit entfernt, sich auf sie zu beschränken.

Digitized by Google

I. Kläger ist der Pfandgläubiger, der nicht im Besitz der Pfandsache ist. Die Analogie der Eigenthumsklage hat also hier die römische Theorie geleitet, man hat kein Bedürfniß gefühlt, unsere Klage, wie die Servitutenklage auch dem Besitzer, dessen Recht in Frage gestellt ist, zuzugestehen. Ob dies geradeso im modernen Recht sich verhält, soll später beantwortet werden [1]).

Es macht keinen Unterschied, ob der Gläubiger Hypothekar oder Faustpfandgläubiger ist, ob er den Besitz verloren oder niemals gehabt hat. Auch der Pfandgläubiger zu einem ideellen Theil hat die Klage, selbst gegen einen Mitpfandgläubiger. Natürlich kann auch der Cessionar der durch Pfand versicherten Forderung unsere Klage exerciren. Inwieweit eine Cession der actio hypothecaria allein zulässig ist, ohne daß die Forderung zugleich mit ihr übergeht, haben wir früher untersucht [2]). Nach dem Pfandverkauf ist eine Cession der Klage zu dem Zweck möglich, daß sich der Käufer den Besitz und das Eigenthum der verkauften Sache verschaffe [3]).

II. Verklagter ist, wer thatsächlich der vollen Durchführung der pfandrechtlichen Gerechtsame durch Vorenthalten des Besitzes im Wege steht, also nicht nur der juristische Besitzer [4]), sondern auch der bloße Detentor, der Usufructuar, Miether, Depositar, Commodatar [5]). Es ist hierbei hervorzuheben:

1) Bei der Eigenthumsklage macht sich in vielen Beziehungen eine verschiedene Behandlung geltend, je nachdem der Beklagte bonae fidei oder malae fidei possessor der Sache ist. Dieser Gegensatz hat auch für die Pfandklage Bedeutung, allein es kommt hier noch die weitere Rücksicht hinzu, ob der Besitzer das Pfandrecht des Klägers kannte oder nicht. Wir erhalten also hier vier Classen von Beklagten:

a) ein Besitzer, welcher sein Nichtrecht an der Sache kennt, ebenso auch vom Bestehen von Pfandrechten weiß;

b) ein Besitzer, welcher wohl über sein Nichtrecht an der Sache,

---

1) l. 5 § 6 D. si ususfr. pet. 7, 6.

2) cfr. oben Bd. I. S. 561.

3) oben Bd. II. S. 171 ff.

4) l. 16 § 3 D. de pignoribus 20, 1. In vindicatione pignoris quaeritur, an rem, de qua actum est, possideat is, cum quo actum est, nam si non possideat, nec dolo fecit, quominus possideat absolvi debet.

5) arg. l. 9 D. de R. V. 6, 1.

Digitized by Google

nicht aber über die Existenz von Pfandrechten, die auf der Sache lasten, unterrichtet ist;

c) ein bonae fidei possessor der Sache, dem aber die pfandrechtliche Belastung derselben nicht unbekannt ist;

d) ein Besitzer, der weder von der Existenz eines Eigenthumsrechts noch eines Pfandrechts weiß.

Die ungünstige Stelle, die der malae fidei im Gegensatz zum bonae fidei possessor bei der Eigenthumsklage hat, erklärt sich nun aus zwei verschiedenen Gesichtspuncten. Theilweise sind die Verpflichtungen des bösgläubigen Besitzers um deßwillen erhöht, weil er das fremde Recht kennt und diesem Achtung und Schonung schuldet. Rechtssätze, die aus diesem Gedanken hervorgingen, finden auch auf den Eigenthümer und den gutgläubigen Sachbesitzer Anwendung, der die Existenz eines Pfandrechts kennt. Dagegen ist theilweise die Behandlung des malae fidei possessor eine ungünstige, weil er seines widerrechtlichen und verwerflichen Benehmens halber keine Rücksicht verdient; dies macht sich z. B. bei den Verwendungen geltend. Solche Bestimmungen sind unanwendbar auf einen bonae fidei possessor, welcher die Existenz eines Pfandrechts an seiner Sache kannte.

2) Außer dem Sachbesitzer kann auch der alieno nomine possidens vom Gläubiger belangt werden; es ist aber selbstverständlich, daß die Klage gegen den Detentor ein Recht, keine Pflicht des Klägers ist, daß es ihm z. B. völlig freisteht, statt des Pachters direct den Verpachter zu beklagen. Er wird das Letztere in der Regel thun, wenn es ihm nicht nur um raschen Erwerb des Besitzes, sondern auch um rechtskräftige Entscheidung über sein Recht dem gegenüber zu thun ist, der ein Interesse hat, dasselbe in Frage zu stellen.

Umgekehrt wird in der Regel der verklagte Detentor einem Proceß aus dem Wege gehen, der ihn materiell nur entfernt berührt und zu dessen gehöriger Führung ihm meistens die Kenntniß der Verhältnisse fehlt. Er wird also seinem Autor Nachricht geben, ihn auffordern, den Prozeß statt seiner zu übernehmen und im Fall der Weigerung die Detention aufgeben. Für das Verfahren, das hier bei der Vindication von Immobilien eintritt, hat Constantin besondere Vorschriften getroffen[6], die auch bei Anstellung einer actio hypothecaria zur Anwendung kommen.

6) l. 2 C. ubi in rem actio 3, 19.

Digitized by Google

3) Auch bei der Pfandklage steht dem Besitzer gleich der Nichtbesitzer, welcher sich dem getäuschten Kläger gegenüber im Moment der Litiscontestation fälschlich für den Besitzer ausgab. Deßgleichen wer vor dem Prozeß schuldhafter Weise desiit possidere [7]). Es ist klar, daß die Klage in dieser Function eine erleichterte Delictsklage bildet [8]). Die Erleichterung besteht darin, daß der Schaden und dessen Größe, der durch den Dolus entstand, nicht zu erweisen ist; die Möglichkeit eines solchen verpflichtet den Verklagten, den Sachwerth zu leisten.

4) Nicht belangt kann mit der Pfandklage werden, wer die Pfandsache bona fide bei Einleitung des Prozesses bereits verkauft hat, selbst wenn er den Kaufpreis innehat und die Pfandsache nicht mehr verfolgbar ist [9]). Doch wird eine condictio zu Gunsten des Pfandgläubigers zulässig sein, wenn der Beklagte jene Sache titulo lucrativo erhielt und dieselbe nach dem Verkauf untergegangen oder von seinem Successor usucapirt ist, so daß der Beklagte als bereichert erscheint, ohne weiter Gefahr zu laufen, vom Käufer wegen Eviction belangt zu werden [10]).

5) Das römische Recht läßt die Pfandklage nur gegen den Besitzer zu, welcher dem Gläubiger den Besitz der Pfandsache vorenthält. Nach neuerm Recht erfährt dies in einigen Punkten eine Modification. Nach manchen Particularrechten, nach welchen selbst der Faustpfandgläubiger das Pfand nur durch das Gericht versilbern lassen kann, fordert man vorher Anstellung und Durchführung einer Klage gegen den Schuldner, wodurch Forderung und Pfandberechtigung des Gläubigers liquid gestellt wird. Hier also ist eine Klage gegen den nichtbesitzenden Verpfänder nöthig [11]). Diese Klage kann übrigens der Gläubiger in Gemäßheit der nov. 69 cap. 1 trotzdem, daß er gegen den Nichtbesitzer klagt, an dem Gerichtsort anstellen, wo sich die Pfandsache befindet, er ist nicht genöthigt, das Domicil des Schuldners zum Klagort zu machen, was in der That aufs höchste unzweckmäßig wäre.

---

7) Hinsichtlich des Letzteren l. 16 § 3 D. de pignoribus 20, 1. Für den Ersteren gilt die unzweifelhafte Analogie der l. 25 sgnde. D. de R. V. 6, 1.

8) Amelung in Heußers Annalen Bd. 6 S. 193 sgnde „Ueber das Wesen der Immobiliarpfandklage des heutigen Rechts" Windscheid Pandekten I. S. 490 Anm. 8.

9) Leyser spec. 224 med. 1.

10) arg. l. 23 D. de R. C. 12, 1.

11) Seuffert Archiv Bd. 12 n. 11.

Digitized by Google

Geſunder wäre es, wenn man ſelbſt da, wo man die Intervention des Gerichts zum Verkauf eines Fauſtpfandes für nothwendig hält, davon ausginge, daß das Gericht hier nur die Stelle des Conventionalpfandgläubigers vertritt. Wenn man trotzdem, weil ſich das Gericht nur zum Diener eines wirklich beſtehenden Rechts machen ſoll, dem Schuldner vorgängiges Gehör verſchaffen will, ſo würde eine Anzeige an den Schuldner mit Beſtimmung einer Friſt für ſeinen Einſpruch genügen. Es wäre dann ſeine Sache, mit der actio pigneratitia in personam aufzutreten und Rückgabe der Sache und einſtweilige Suſpenſion des Pfandverkaufs zu fordern. Er wäre der Kläger, nicht aber der Fauſtpfandgläubiger der zum Verkauf provocirt; die Klage wäre alſo im forum domicilii des Gläubigers anzuſtellen; es würde vom Verpfänder, wenn er Ausländer iſt, eine cautio pro expensis gefordert werden können.

Schwieriger iſt die Beantwortung der Frage, in welcher Weiſe der nichtbeſitzende Pfandgläubiger zu klagen hat, wenn nach dem modernen Grundbuchſyſtem der Eine als Eigenthümer der Sache im Grundbuch eingetragen iſt — ſ. g. Civilbeſitzer — ein Anderer den juriſtiſchen Beſitz hat — ſ. g. Naturalbeſitzer [12]). — Das Urtheil, das gegenüber der einen dieſer Perſonen erſtritten iſt, wird der andern gegenüber an und für ſich nicht rechtskräftig. Könnte daher der Hypothekar nach den Principien des römiſchen Rechts nur gegen den Naturalbeſitzer klagen, ſo würde er nicht ſelten ſein Recht erſt mit Aufwendung aller Anſtrengung einem gar nicht berechtigten Beſitzer darthun und wenn er endlich den Sieg erkämpft hätte, würde der Bucheigenthümer gegen ihn auftreten um ihm entweder die Frucht ſeines Siegs zu entreißen oder doch den Verkauf zu verzögern.

Bei dieſem dem römiſchen Recht unbekannten Verhältniß wird es geboten ſein, eine Klage ſowohl gegen den Civil- als gegen den Naturalbeſitzer zuzulaſſen. Ob dieſe beiden Klagen vereinigt durchgeführt werden können, alſo eine ſubjective Klagenhäufung zuläſſig iſt, wird nach der concreten Sachlage und allgemeinen proceſſualiſchen Grundſätzen zu entſcheiden ſein.

---

12) vgl. Amelung in Heußers Annalen l. c.

Digitized by Google

§ 128. Zeitpunkt der Anstellung der Pfandklage.

In Bezug auf den Zeitpunkt der Zulässigkeit der Pfandklage gelten folgende Grundsätze. Die Hypothek kann der Regel nach erst eingeklagt werden, wenn die versicherte Forderung bereits fällig und trotzdem nicht bezahlt ist [1]); das Faustpfand hingegen kann auch schon vor Fälligkeit der versicherten Forderung mit der actio hypothecaria verfolgt werden, wenn der Gläubiger dessen Besitz verloren hat [2]).

Es ist dies eine Consequenz der Absicht der Contrahenten. Bei der Hypothek ist es die Intention derselben, daß die Pfandsache bis zum Moment der Fälligkeit der Forderung beim Verpfänder bleibe; beim Faustpfand wollten sie dem Gläubiger von vornherein den Besitz zugestehen. Man erwartet, daß dieser tiefgreifende Unterschied sich zur Zeit des classischen Rechts auch äußerlich in der Formel der Pfandklage manifestire. Allein die Klage war für beide Species des Pfandrechts identisch § 7 J. de actionibus 4, 6. Inter pignus autem et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihil interest. Die Formel nahm an und für sich nur Bezug auf die Existenz einer Schuld, nicht auf deren Fälligkeit. Es konnten daher bei der verfrühten Geltendmachung einer Hypothek verschiedene Constellationen zur Sprache kommen:

a) Die Forderung ist bereits existent, aber der Zahlungstermin ist noch nicht herangekommen. Hier griff die Pfandklage an und für sich ein, aber es stellte sich ihr eine exceptio mit Berufung auf den Willen der Partheien entgegen, oder der Richter wies auch die vorgebrachte Klage, obgleich eine solche exceptio nicht inserirt war, auf Grund des freien Ermessens ab, welches ihm bei der actio hypothecaria zustand.

b) War die Forderung bereits fällig und nur nachträglich durch Convention gestundet, so galt im Zweifel auch die Hypothekarklage als suspendirt; es trat ihr gleichfalls eine exceptio aus dem pactum de non petendo entgegen:

l. 5 § 1 D. q. m. p. s. 20, 6. Marcianus libro sing. ad form. hypothecariam. Si paciscatur creditor, ne intra annum pecuniam petat, intelligitur de hypotheca quoque idem pactus esse.

---

1) cfr. l. 7 § 4 C. de praescr. XX. ann. 7, 39.
2) a. Aufl. Puchta Vorles. § 215.

Digitized by Google

Es können die Partheien aber auch belieben, daß zwar die persönliche Klage gehemmt ist, die Hypothekarklage aber nach wie vor zulässig ist.

c) Den classischen römischen Juristen machten einige Schwierigkeit die beiden Fälle, in welchen die versicherte Forderung noch bedingt ist und in welchen die Pfandconvention nur bedingt bewilligt wurde.

> l. 13 § 5 D. de pignoribus 20, 1. Si sub conditione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est, ante conditionem non recte agi, cum nihil interim debeatur: sed si sub conditione debiti conditio venerit rursus agere poterit. Sed si praesens sit debitum, hypotheca vero sub conditione et agatur ante conditionem hypothecaria: verum quidem est, pecuniam solutam non esse, sed auferri hypothecam iniquum est: ideoque arbitrio judicis cautiones interponendae sunt: si conditio extiterit, nec pecunia solvatur, restitui hypothecam si in rerum natura sit.

Die formalen Verhältnisse sind in beiden Fällen ganz entgegengesetzte, das materielle Resultat ist dasselbe. War die Hypothek für eine bedingte Schuld bestellt und die Bedingung noch nicht eingetreten, so erschien die jetzt angestellte Klage absolut als verfrüht. Die Klagformel konnte nicht zu einer Verurtheilung führen, da die Existenz einer Forderung zu ihren Voraussetzungen gehörte, diese aber während Schwebens der Bedingung der Schuld noch geleugnet werden muß. Man möchte glauben, daß nun der Prozeß in classischer Zeit wegen pluris petitio tempore für immer consumirt war[3]). Marcian aber gestattet ausdrücklich Wiederholung der Klage, nach Eintritt der Bedingung. Die römischen Juristen nahmen zwar allgemein die Consumtion der Klage an, wenn aus einem bereits bestehenden, aber noch nicht fälligen Recht geklagt wurde, sie waren aber nicht über dieselbe einig, wenn aus einem erst bedingten Verhältniß geklagt war. Konnte man doch einwenden, daß vor Eintritt der Bedingung noch gar kein Recht existirt habe, das consumirt werden konnte[4]). Im zweiten Fall, wenn die Forderung unbedingt und nur die Verpfändung bedingt war, nahmen

---

3) § 33 J. de act. 4, 6.

4) vgl. beſ. l. 43 § 9 D. de aedil. edicto 21, 1. l. 1 § 4 D. quando dies ususfructus legati cedit. 7, 3. cfr. l. 36 D. de solut. 46, 3.

Digitized by Google

die Römer an, daß die Formel der actio hypothecaria ſchon vor Eintritt der Bedingung des Pfandrechts an und für ſich zutreffe. Es hing dies damit zuſammen, daß ſie in factum concipirt war, ſie forderte ein convenire, ut res pignori sit; dieſes lag vor, wenn auch nur in bedingter Weiſe. Dennoch wäre die ſofortige Verurtheilung des Verklagten zur Herausgabe der verpfändeten Sache ungehörig, weil dem Willen der Partheien bei Eingehung des Pfandgeſchäfts widerſprechend; der Richter begnügte ſich alſo dahin zu arbitriren, daß der Verklagte Caution leiſte, daß er die Hypothek, im Fall die Bedingung eintreten werde und die Forderung nicht gezahlt ſei, reſtituiren wolle. Auf Erfüllung dieſer Caution konnte dann ſpäter nach Eintritt der Bedingung geklagt werden. So geſtaltete ſich prozeſſualiſch und formell das Verhältniß im claſſiſchen Recht. Heutzutage hat der Verklagte gleichmäßig in allen angeführten Fällen die Einrede der verfrühten Klage und kann Abweiſung zur Zeit verlangen.

Da die Hypothekarklage in der Regel die Fälligkeit der verſicherten Forderung vorausſetzt, ſo muß dieſe, wenn ſie auf Kündigung ſteht, vorher dem Schuldner gekündigt ſein. Der Schuldner hat ein Recht auf ſolche Kündigung [5]). Es iſt aber nicht erforderlich, daß die Kündigung dem Beſitzer der verhypothecirten Sache gegenüber erfolge [6]), ja es genügt nicht einmal, wenn ſie ihm allein zugeſtellt iſt, nicht aber dem perſönlichen Schuldner. Es verſteht ſich, daß die Kündigung, wenn der Schuldner ſich ihr entzieht, nach den bekannten analog anzuwendenden Grundſätzen der Bedingung als erfüllt gilt. Und auch in dem Fall, daß der Schuldner verſtorben iſt, ohne bereits einen Erben gefunden zu haben, genügt nach der Intention der Clauſel die bloße

---

5) Die Anſicht, daß die Clauſel rückzahlbar nach Kündigung ganz identiſch ſei mit der in l. 48 D. de V. O. 45, 1 erwähnten quum petiero, welche admonitionem magis quam conditionem habet ſcheint uns nicht richtig. Denn der Zuſatz quum petiero ſoll nur das unbeſchränkte Recht des Gläubigers bezeichnen, der Zuſatz nach Kündigung involvirt ein Recht des Schuldners. Dieſe Clauſel kann aber auch nicht als eine Bedingung der Forderung bezeichnet werden, ſondern nur als eine Verabredung, wonach das Fälligwerden der Forderung von des Gläubigers Mittheilung abhängen ſoll. vgl. indeſſen Savigny Syſtem Bd. 5 S. 295. Bangerow Archiv f. c. Pr. Bd. 33 S 313.

6) Nach einem preuß. Reſcript vom 18. Januar 1796 ſoll dem Beſitzer die Hypothek gekündigt werden. Man ſtreitet, ob die Kündigung an den Civilbeſitzer auch gegenüber dem Naturalbeſitzer genügt. Es ſpricht ſich hier eine germaniſche Anſchauung aus, wonach die Schuld hauptſächlich auf dem Grundſtück ruht.

Digitized by Google

Bereitſchaft des Gläubigers zur Kündigung, um die Schuld fällig zu machen [7]).

Der Grundſatz, daß die Hypothek erſt nach Fälligwerden der Forderung eingeklagt werden kann, iſt nicht ausnahmslos [8]). Die Pfandklage iſt vielmehr ſchon vorher zuläſſig, wenn das Verbleiben der Pfandſache in der Hand des jetzigen Beſitzers ſeine Sicherheit gefährdet. Es iſt etwa ein Wald verpfändet, den der Beſitzer devaſtirt oder ein Laden, aus dem der Beſitzer ausverkauft, ohne das Ausſcheidende durch neue Anſchaffungen zu erſetzen. Wenn der Creditor bei Abſchluß des Pfandcontracts der Redlichkeit des Schuldners vertraute, wenn er ſich dazu verſtand, ihm zu creditiren und den Beſitz der geſtellten Pfänder zu belaſſen, ſo ändert ſich doch die Lage, ſowie die Integrität des Pfands bedroht iſt, ſowie er Gründe hat, ſein dem Schuldner geſchenktes Vertrauen zu bereuen. Wie iſt es nur denkbar, daß die Römer dem Hypothekar zugemuthet hätten, auch jetzt noch zu warten und ruhig zuzuſehen, wie das Pfand zu Grunde gerichtet wird, um dann nach Jahren, wenn der Termin zur Klage herankommt, leer auszugehen [9]). Unſeres Bedünkens ſpricht ſich auch Ulpian deutlich für Zulaſſung der Klage in der Zwiſchenzeit aus.

> l. 14 pr. D. de pignoribus 20, 1. libro 73 ad edictum. Quaesitum est, si nondum dies pensionis venit an et medio tempore persequi pignora permittendum sit. Et puto dandam pignoris persecutionem, quia interest mea et ita Celsus scribit.

Die Erwähnung eines Zinſes (pensio) deutet auf einen Miethcontract, für deſſen Erfüllung Pfänder geſtellt waren; da ſich der Vermiether in der Regel an bloßer Hypothek genügen läßt, ſo ſind wir berechtigt, ſie zu ſupponiren oder doch mitzubegreifen. Der Juriſt läßt auch in der Zwiſchenzeit alſo vor dem Fälligwerden des Zinſes die Pfandklage zu — quia interest mea. Dies kann hier nur heißen „inſoweit Kläger hierbei ein Intereſſe nachweiſen kann".

---

7) Seuffert Archiv Bd. 11 n. 215.

8) Hiefür auch Glossa ad h. l. Bartolus ad h. l. — Mühlenbruch Ceſſion S. 526. Vangerow § 390. Windſcheid Pand. I. S. 615 Anm. 2. a. Anſ. Leiſt bon. poss. I. S. 378.

9) Wer annimmt, daß die longi temporis praescr. des directen Beſitzers des Pfandes ſchon läuft, ehe die verſicherte Forderung fällig iſt, wird ſich der Folgerung nicht entziehen können, daß er dem Pfandgläubiger vorher zur Unterbrechung der

Digitized by Google

Nicht selten bezieht man die Stelle speciell auf ein Faustpfand [10]; schwerlich wäre hier für den Juristen ein Zweifel an der Zulässigkeit der Klage aufgestiegen. Was sollte dabei auch die Rechtfertigung des Nachsatzes? Andere meinen, es läge etwas Besonderes des Salvianum interdictum vor. Hiefür fehlt es an genügendem Grund [11]. — Wollte man aber die Beweiskraft dieser Entscheidung in Abrede stellen, das Resultat schiene uns nicht weniger gewiß. Griff doch die Formel wenigstens in dem Fall, in welchem die Forderung existent oder noch nicht fällig war ohnedem [12]; der etwaigen exceptio des Verklagten aber antwortete im Fall einer Gefährdung siegreich die replicatio doli.

Wie übrigens der Richter im Fall der Klage wegen Gefährdung der Hypothek zu erkennen hat, wird durch die Besonderheit der Verhältnisse wesentlich bestimmt werden. Er kann die Stellung einer Caution verordnen [13], einen Sequester ernennen, selbst Uebertragung des Besitzes an den Kläger vorschreiben, besonders wenn der Schuldner selbst noch besitzt. Ist hingegen ein Dritter im Besitz, so wird sich der Richter nicht leicht zu dem letztern Schritt entschließen, schon deßhalb, weil dieser hierdurch die Früchte der Pfandsache verlieren würde.

§ 129. Inhalt der Klagschrift.

Die Klagschrift muß die Klage substantiiren. Demnach ist zu erzählen, für welche Forderung und auf welche Weise — Vertrag, Gesetz, Testament — Kläger ein Pfandrecht erworben habe, ferner ist hervorzuheben, daß der Verklagte entweder selbst Verpfänder ist oder daß die eingeklagte Sache wenigstens im Moment der Verpfändung oder

---

Ersitzung eine actio hypothecaria zugesteht. Die französische Rechtsprechung kennt eine action en interruption de prescription für diesen Fall.

10) Hiefür Vitalis: Otto thes. II. p. 580. Gesterding S. 363 ff. Glück Bd. 18 S. 327. Sintenis Pfandrecht S. 54. Leist bon. poss I. S. 377.

11) Rudorff Ztschrft. f. g. Rechtsw. Bd. 13 S. 217. Dagegen Keller Recension S. 967. Die Inscription beweist hiefür nicht, da im liber 73 nicht nur das Salvianum, sondern auch die Serviana behandelt wurde; ebensowenig entscheidet der Ausdruck persecutio cfr. l. 17 D. de pign. 20, 1.

12) Im Fall die Forderung noch bedingt ist, wird es einer actio utilis bedurft haben. Windscheid Pand. I. § 235 Anm. 3 spricht wegen l. 13 § 5 D. de pign. 20, 1 auch im Fall besonderer Gefährdung die a. hyp. ab. Aber diese Stelle beschäftigt sich nur mit der Regel.

13) Huschke Linde's Zeitschrift Bd. 20 S. 165 will nur eine Klage auf Caution gestatten.

Digitized by Google

ſpäter dem Verpfänder zugehörte, es iſt weiter anzuführen, daß die Forderung fällig und nicht getilgt ſei oder daß andere Umſtände vorlägen, welche die frühere Klaganſtellung rechtfertigten und endlich iſt zuzufügen, daß Verklagter ſich im Beſitz oder der Detention der angeſprochenen Pfänder befinde. Dabei iſt die ſpecielle Bezeichnung der Objecte nothwendig, deren Herausgabe gefordert iſt [1]). Dies ſelbſt dann, wenn Kläger auf Grund einer Generalhypothek alle Vermögensobjecte, die ſich im Beſitze des Schuldners befinden, vindiciren wollte. Die Klage iſt auch dann keine Univerſalklage, Kläger hat immer nur ein Recht an den Einzelſachen, nicht an der Geſammtheit des Vermögens des Verklagten.

Nach reinem römiſchen Recht iſt das Petitum auf Anerkennung des klägeriſchen Pfandrechts und Reſtitution der Pfandſache mit Acceſſionen und Früchten zu richten. Heutzutage verkauft in der Regel der Richter die Hypothek. Nichts deſtoweniger kann der Gläubiger, wo Particulargeſetze nicht derogiren, die Einräumung des Beſitzes verlangen und dann bei Gericht auf Verfilberung antragen. Es wird ihm aber unter Umſtänden mit einer ſolchen zeitweiſen Einräumung des Beſitzes gar nicht gedient ſein, er wird es vorziehen, daß ſich die Beſitzverhältniſſe nicht ändern, bis der neue Erwerber den Beſitz ergreift. In dieſem Falle wird er alſo die Klagbitte dahin ſtellen: das Gericht wolle ſein Pfandrecht an der quäſtionirten Sache für die libellirte Forderung anerkennen, die Stellung der Sache zu dem öffentlichen Verkaufsverfahren verordnen und den Beklagten verurtheilen, dieſelbe dem künftigen Adjudicatar bei Vermeidung der Ermiſſion abzutreten. Hier aber wird der Kläger, welcher nicht Reſtitution der Sache fordert, auch keine Früchte, die ja nur causa rei ſind, verlangen können.

Der Verklagte, der in ſolcher Weiſe angegriffen wird, kann nicht gezwungen werden, für den Gläubiger die verpfändeten Objecte aufzubewahren. Zweifelsohne ſteht es ihm bei Anfang des Prozeſſes oder auch ſpäter frei ſich von deſſen Führung durch Abtretung des juriſtiſchen Beſitzes an den Gläubiger frei zu machen [2]).

Iſt der Pfandbeſitzer zugleich perſönlicher Schuldner, dann kann die Hypothekarklage mit der Forderungsklage cumulirt werden. Unrichtig aber wäre es von einem dritten Pfandbeſitzer, alternativ Reſtitution

1) Seuffert Archiv X. 140.
2) l. 80 D. de R. V. 6, 1. Strippelmann Subhaſtation S. 53.

Digitized by Google

des Pfands oder Zahlung der Schuld zu fordern [3]). Würde nämlich das Urtheil gemäß einem ſolchen Petitum gefällt, ſo entſtünde eine alternative Verbindlichkeit. Ginge jetzt die Pfandſache durch Zufall unter, ſo haftete der Verurtheilte aus der zweiten Alternative. Der Dritte aber iſt zur Zahlung der Pfandſchuld wohl berechtigt, kann aber nicht zu derſelben verhaftet werden. Es liegt alſo ein Fehler vor, der ſich nach römiſcher Theorie als pluris petitio causa bezeichnen läßt. Soll aber um deßwillen die Klagſchrift zurückgegeben werden? Aeltere Schriftſteller berichten von einem Pfandprozeß, der acht Jahre währte, endlich dem Ziel der Entſcheidung entgegengeführt war, nun aber wegen jenes Fehlers der Klage mit einer Entbindung des Beklagten angebrachtermaßen ſchloß. Dergleichen iſt umſoweniger gerechtfertigt, als ja in der Geſchichtserzählung der Klagſchrift der wirkliche Anſpruch des Klägers genau charakteriſirt iſt und die Verhandlung in ihr die gehörige Baſis findet. Auch hat der Richter nicht die Pflicht, das Petitum entweder genau zum Urtheil zu erheben oder ganz zu verwerfen; er kann die Anſprüche, die ſich als zu weitgehend herausſtellen, mindern und auf das richtige Maaß reduciren. Eine Abweiſung der Klage angebrachtermaßen iſt alſo hier ein Rigorismus — ohne Grund [4]).

§ 130. Beweis.

Der Beweis, der dem Gläubiger obliegt, wenn er ſich auf ein Pfandrecht angriffs- oder auch vertheidigungsweiſe beruft, umfaßt folgende Punkte. Vor Allem hat er die Entſtehung der angeblich verſicherten Forderung [1]) darzuthun, während der Beweis ihrer etwaigen Tilgung dem Gegner zur Laſt fällt. Dann hat er den Abſchluß des Pfandcontracts oder das Zutreffen anderer ein Pfandrecht erzeugender

3) Richter de actionis hypothecariae adversus tertium possessorem petito, quod vocant alternativum Lipsiae 1835. vgl. die bei Walch contr. juris sect. IV. cap. 1 § 17 Cit., der ſich ſelbſt für die Zurückweiſung der Klage ausſpricht.

4) cfr. Sintenis Erläuterungen über v. Lehren d. Civilprozeſſes I. S. 603.

1) Daß der Pfandgläubiger die Exiſtenz der Forderung nicht beweiſen müſſe, nimmt an Puchta Vorleſ. § 215. Seuffert prakt. Pandektenrecht § 220 Anm. 3. Dagegen ausdrücklich l. 10 C. de pignerat. act. 4, 24 ut autem creditor pignoris defensione se tueri possit extorquetur ei necessitas probandi debiti, vel si tu teneas per vindicationem pignoris hoc idem inducitur et tibi non erit difficilis vel solutione vel oblatione atque sollemni depositione pignoris liberatio. Arndts Pand. § 378 not. g.

Digitized by Google

Momente, sowie nach den auszuführenden Grundsätzen das Verpfändungsrecht — das in bonis — des Verpfänders nachzuweisen. Soll das Pfandrecht zur Begründung einer Klage dienen, so kommt zu alledem der Nachweis des Besitzes des eingeklagten Pfandobjects durch den Beklagten hinzu. — Zweifelhaft sind folgende Fragen:

1) Inwieweit kann der Kläger gegenüber dem dritten Besitzer die Begründung der Forderung und den Abschluß des Pfandcontracts durch die vom Verpfänder ausgehenden, außergerichtlichen Bekenntnisse beweisen? Die Entscheidung hängt von der Bedeutung ab, die wir dem außergerichtlichen Geständniß für Dritte zuschreiben und so ist eine Digression auf das Gebiet dieser wichtigen und doch so bestrittenen Frage unerläßlich.

Die herrschende Meinung geht bekanntlich dahin, daß ein solches Geständniß nur dem Aussteller gegenüber beweise, jedem Dritten gegenüber dagegen nichts sei als ein unbeschworenes, außergerichtliches Zeugniß [2]). Dies leide nur eine Ausnahme. Wenn eine solche Urkunde den Ausdruck einer rechtlichen Disposition bilde, die auf dem Willen des Ausstellers beruhe, durch ihn geschaffen werde, dann stehe sie Jedermann entgegen. Doch nur innerhalb jener Grenze; das Datum der Urkunde also als Beurkundung einer äußern, der Willensbestimmung zugefügten Thatsache, sei Dritten gegenüber nicht beweisend. Consequenterweise könnte auch die Bescheinigung über Empfang der Darlehensvaluta einem Dritten, z. B. einem Pfandbesitzer gegenüber nicht beweisen. Die Zahlung ist eine objective Thatsache, die als solche viel weiter wirkt, als der Schuldner dies durch seinen Willen als Zahlungsempfänger angesehen zu werden, vermöchte.

Doch jenes Dogma in seiner formalen Unbedingtheit scheint uns nicht gerechtfertigt. Durch positive Gesetze nicht begründet, entspricht es nicht der Freiheit in Würdigung der Beweismittel, welche der Richter nach römischem Recht hat. Die Natur der Sache scheint vielmehr dahin zu führen, das Geständniß einer Thatsache dann für glaubwürdig zu halten, wenn die Person es abgelegt hat, welcher dasselbe zunächst und direct präjudicirt. Seine Glaubwürdigkeit hat eben ihre Basis darin, daß Niemand leicht eine ihm nachtheilige Thatsache ohne Grund

2) Gönner Handb. II. § 18. Gerau Linde's Ztschrft. Bd. 20 S. 95. — Wetzel Civilprozeß S. 138. Dagegen Wachenhusen Archiv f. c. Pr. Bd. 13 bes. S. 210. vgl. auch Endemann Beweislehre S. 306 ff. u. a. a. O.

Digitized by Google

bezeugen wird. Dieſes Geſtändniß kann daher auch andern nur indirect Betheiligten dann opponirt werden, wenn ſich die bezeugte Thatſache ohne Zuziehung der Letztern nur unter Zuziehung der Perſonen zu vollziehen pflegt, welche dieſelbe beglaubigt haben. Dies gilt namentlich, wenn die beglaubigte Thatſache erſt ſpäter durch Veränderung der Verhältniſſe Dritten präjudicirlich wurde, z. B. der Darlehensſchuldner veräußert nach Ausſtellung einer Quittung über den Empfang der Valuta, das für das Darlehen geſtellte Pfand; die Beweiskraft iſt aber auch dann nicht zu verneinen, wenn Dritte im Moment der Erklärung bereits indirect und folgeweiſe betheiligt waren, z. B. es verpfändet A. ſeine Sache für Vorſchüſſe an den B. und dieſer ſtellt einen Empfangsſchein aus. Ob der Dritte gerade Succeſſor des Ausſtellers iſt, erſcheint demnach als gleichgültig. Es ſteht ihm natürlich ſtets der Beweis der Simulation und des Dolus offen. War der Bekennende überſchuldet, ſo bedarf es deſſen nicht. Es iſt hier das Bekenntniß dem Conſtituirenden nicht materiell nachtheilig und ſo ſinkt es allerdings auf ein unbeſchworenes außergerichtliches Zeugniß herab.

2) Ganz andere Grundſätze gelten für die Ereigniſſe, welche die Exiſtenz einer Schuld und des Pfandvertrags dem Debitor gegenüber als formelle Wahrheit erſcheinen laſſen, wie Urtheil, Eid des Creditors, Eidesverweigerung von Seiten des Debitors. Fallen dieſelben in die Zeit vor Veräußerung der Pfandſache, ſo wirken ſie als formelle Wahrheit auch gegenüber dem Singularſucceſſor; fallen ſie erſt in die Zeit nach der Veräußerung, ſo ſind ſie für den dritten Beſitzer als ſolche ohne Bedeutung [3]).

3) Dem Kläger liegt der Beweis ob, daß die Pfandſache im Moment der Verpfändung dem Verpfänder angehörte. Die römiſchen Juriſten heben dies mehrmals hervor:

> l. 23 D. de probat. 22, 3. Marcianus libro sing. ad form. hyp. Ante omnia probandum est, quod inter agentem et debitorem convenit, ut pignori hypothecaeve res sit: sed et si hoc probet actor, illud quoque implere debet, rem pertinere ad debitorem eo tempore, quo convenit, de pignore . . . .
>
> l. 15 § 1 D. de pign. 20, 1. Gajus libro sing. ad form. hyp. Quod dicitur creditorem probare debere, cum con-

3) vgl. Bd. I. § 77 S. 577 ff.

Digitized by Google

veniebat rem in bonis debitoris fuisse: ad eam conventionem pertinet, quae specialiter facta est . . . . .[4])

War jedoch von vornherein künftiger Erwerb verpfändet, ſo genügt der Nachweis, daß der Verpfänder den vorausgeſetzten Erwerb ſpäter wirklich machte. Ja es reicht, ſeit die Convalescenz anerkannt iſt, auch bei einem nichtanticipirten Pfandvertrag der Beweis hin, daß der Verpfänder ſpäter einmal die Sache erwarb; es ſei denn, daß der Beklagte von ſeiner Seite beweiſt, daß der Gläubiger bei Abſchluß der Convention das Nichtrecht des Verpfänders kannte, in mala fide war — ſo daß von einer Convalescenz nicht die Rede ſei[5]). — Dies Alles iſt natürlich, wenn ſich das Pfand in der Hand eines Dritten befindet, die römiſchen Juriſten haben auch offenbar bei den angeführten Entſcheidungen nur dieſen Fall im Auge. Wie aber, wenn der Verpfänder ſelbſt noch im Beſitz iſt und der Gläubiger ihm gegenüber die actio hypothecaria anſtellt? — Muß der Creditor dem Verpfänder beweiſen, daß dieſem die Pfandſache gehöre? Es ſcheint dies das Conſequente; denn das Recht des Verpfänders iſt die nothwendige Vorbedingung des dinglichen Rechts des Creditors, alſo auch ſeiner actio hypothecaria gegen den Verpfänder[6]). Aber auffallend iſt doch Folgendes. Wäre die Sache im Beſitz eines Dritten, dann könnte der Pfandgläubiger den Verpfänder mit der actio pigneratitia in personam anhalten, die Beweiſe für ſein Eigenthum an der Pfandſache zu liefern; jetzt tritt der Creditor gegen den Verpfänder auf und nun ſoll dieſer vom Creditor den Beweis verlangen können, daß er nicht Fremdes verpfändete.

In Wahrheit halten wir den Gläubiger wenigſtens bei einer Specialhypothek zu einem ſolchen Nachweis nicht verpflichtet. Durch eine Specialverpfändung bekennt der Verpfänder indirect, daß die Sache in ſeinem Vermögen ſteht. Auf dieſes Geſtändniß kann ſich der Gläubiger ſtatt weiteren Beweiſes berufen[7]). Dem Verpfänder bleibt hinwiederum der Nachweis offen, daß ihm die Sache nicht bei Abſchluß des

---

4) cfr. l. 3 D. de pign. 20, 1. l. 6 C. si aliena res 8, 16. l. 6 C. quae res pignori 8, 17.

5) Bd. I. S. 234 flgnde.

6) So Wetzel Civilprozeß S. 93.

7) cfr. über Negus. p. VIII. m. 3 n. 6. Bachov. V. cap. 11 n. 2. Lauterbach h. t. § 69 not. m. Glück Bd. 18 S. 385 Anm. 22. Mühlenbruch Pandekten Bd. II. § 319.

Digitized by Google

Contracts gehörte. Ganz anders steht die Frage, ob der Gläubiger auch gegenüber einem Besitzer, der sein Recht von dem Verpfänder ableitet, mit dem Beweis obsiegt, daß er ein Pfandrecht bewilligt erhielt, ehe der Beklagte erwarb, oder ob er ihm gegenüber außerdem nachzuweisen hat, daß die verpfändete Sache dem gemeinsamen Autor wirklich gehörte. Viele Schriftsteller entscheiden sich für die erstere, die scheinbar billigere Ansicht [8]). Der Schuldner, führen sie aus, konnte aus demselben Recht früher verpfänden, aus dem er später verfügte. Wer sich auf den Erwerb vom Schuldner stützt, muß also die vorgehende Verpfändung anerkennen. Dies ist ungegründet. Der Besitzer — mag er nun ein Recht haben oder nicht — kann erst dann verurtheilt werden, wenn der Kläger ein besseres Recht nachweist, ein solches hat aber der Creditor nur, wenn dem gemeinsamen Autor an der vindicirten Sache ein Recht zustand. Zudem giebt dem Sachbesitzer, auch wenn der Autor ein Veräußerungsrecht entbehrte, schon der Umstand, daß er bona fide und justo titulo den Besitz erhielt, eine gewisse Befugniß an der Sache, die der Gläubiger, dem Fremdes verpfändet ist, nicht hat [9]).

4) Es wirft sich die Frage auf, wer hat die Priorität zu beweisen, wenn sich zwischen einem Pfandgläubiger und einem Erwerber der Sache, die beide ihr Recht von demselben Autor ableiten, ein Streit darüber erhebt, ob die Veräußerung oder die Verpfändung ältern Datums sei?

Ist der Erwerber im Besitz und der Creditor tritt als Kläger auf, dann ist es offenbar seine Sache, die Priorität der Verpfändung darzuthun. Wie aber, wenn der Pfandgläubiger Besitzer ist? Hier scheint dem Erwerber, dem die Rolle des Klägers zufällt, der Beweis des frühern Datum des Erwerbs obzuliegen. So entschied in der That Bartolus [10]). — Mit Unrecht, wie bereits Baldus hervorhob [11]). Der klagende Käufer, der die rei vindicatio oder actio Publiciana anstellt, genügt seiner Beweispflicht, wenn er den Erwerb

8) Negusantius de pign. p. VIII. m. 3 n. 9 u. 10. Bachov. de pign. lib. III. c. 11. Codex Fabr. 8, 6. def. 23. Glück Bd. 18 S. 388. Westphal Pfandrecht § 272 not. 302. Sintenis Pfandrecht S. 565 u. A.

9) Beweiskraft hat das vom Verpfänder abgelegte Bekenntniß, daß ihm die Sache gehöre, den Successoren gegenüber nicht, da diese Erklärung vom Verpfänder bei Ablegung geschah, um sich Credit also einen Vortheil zu verschaffen, Dritten gegenüber daher nicht schlechthin glaubwürdig ist.

10) Bartolus in l. quae nondum § 1 D. de pign.

11) Baldus in l. matrem C. de probat. Negus. p. V. m. 2 n. 43.

Digitized by Google

der Sache darthut. Dem Beklagten liegt es dann ob, wenn er ſich ſchützen will, ercipirend den Nachweis eines Pfandrechts zu führen und hierbei hat er darzuthun, daß die Sache im Moment der Verpfändung dem Verpfänder noch gehörte. Das Eigenthumsrecht iſt eben in unſerm Fall gewiß, das Pfandrecht ungewiß und das gewiſſe Recht prävalirt, bis das ungewiſſe erwieſen iſt. — Von dieſen Sätzen exiſtirt im römiſchen Recht eine poſitive Ausnahme zu Gunſten des Fiscus.

> l. 1 C. de jure fisci 10, 1. Imperatores Severus et Antoninus A. A. Attico et Severo. Si prius quam fisci rationibus pater vester obligaretur, perfectam praediorum donationem fecisse fuerit probatus, quod citra fraudem creditorum gestum est, non rescinditur.

Der Fiscus fordert hier alſo den Beweis, daß ſein Schuldner die ihm gehörigen Grundſtücke ſchon vor dem Abſchluß des fiscaliſchen Contracts verſchenkt habe [12]). Offenbar behält er ſich vor, die verſchenkten Grundſtücke zu vindiciren, falls dieſer Beweis nicht gelingt. Es liegt hierin ein fiscaliſches Privileg, das einigermaßen gerechtfertigt ſchien, durch die nicht ſeltenen Verſuche durch antedatirte Schenkungen die Anſprüche des Fiscus zu fruſtriren.

5) Der Gläubiger hat nöthigenfalls auch den Beſitz des Beklagten zu erweiſen. Ungegründet iſt die in der ſächſiſchen Praxis aufgeſtellte Behauptung, daß bei einer gegen den Verpfänder angeſtellten Klage dem Beklagten der Nachweis zufalle, daß er nicht beſitze [13]). Aus der Thatſache der Verpfändung folgt nicht einmal nothwendig, daß der Verpfänder zur Zeit ihrer Vornahme Beſitzer war. Wäre dies aber auch erwieſen, ſo könnte aus dem frühern Beſitz immer nicht auf deſſen Fortdauer zur Zeit der Klage geſchloſſen werden [14]).

Hat der Beklagte den Beſitz abgeleugnet und wird überführt, ſo wird der Kläger in Beſitz geſetzt und es bleibt dem frühern Beklagten überlaſſen, jetzt ſeinerſeits zu vindiciren [15]). Es iſt dies eine gerechte Talion, eins jener Mittel gegen Prozeßchicane und Lügenhaftigkeit,

12) Negusant. p. VIII. m. 3 n. 6.

13) Kind quaest. for. III. cap. 20 pag. 89. Hartitzſch Entſch. prakt. Rechtsfr. n. 307. Oſterloh ſummariſche Prozeſſe nach ſächſ. Recht § 32. Dag. Glück Bd. 1 S. 384. Holtzſchuher Bd. 2 S. 504.

14) vgl. Savigny Beſitz S. 463.

15) l. 80 D. de R. V. 6, 1.

Digitized by Google

welche das römische Recht in so zahlreicher und zweckmäßiger Weise anordnete und die freilich die moderne Praxis nicht mit Strenge handhabt.

Verwandt ist die Bestimmung Justinians, wonach der mit der Eigenthumsklage belangte Besitzer, welcher das Eigenthum des Klägers ableugnete, nicht nachdem dieser bewiesen hat, mit der Einrede der Hypothek hervortreten kann [16]). Der Kläger soll vielmehr in Besitz gesetzt werden und der frühere Besitzer als Kläger auftreten. Heutzutage tritt solcher Chicane schon die Eventualmaxime entgegen.

§ 131. Schuldzahlung während des Pfandprozesses.

Der Beklagte entgeht der Verurtheilung, wenn er dem Kläger während der Dauer des Prozesses den vollen Betrag der pfandrechtlich versicherten Forderung abzahlt. Denn es erlischt hiermit das Pfandrecht und damit fällt die Möglichkeit weg, auf Grund desselben eine Verurtheilung vorzunehmen.

Weigert sich der Gläubiger der Zahlungsannahme und der Beklagte deponirt den Schuldbetrag, so steht dies der Zahlung gleich [1]). Genügt aber auch die einfache Oblation, um die Pfandklage unwirksam zu machen? Man könnte hiefür anführen, daß die römische Formel als negative Bedingung der Verurtheilung die Clausel enthielt „neque per creditorem stat, quominus ea pecunia solvatur“ [2]). Gerade hieraus wird man aber richtiger schließen, daß ein angebliches früheres außergerichtliches Zahlungsangebot dem Richter nicht hinreicht; dieser wird vielmehr ein erneutes Angebot vor Gericht fordern und hierdurch constatiren müssen, ob der Gläubiger jetzt zur Annahme bereit ist oder noch jetzt auf der Zurückweisung beharrt, obgleich der Richter die Oblation als eine vollständige erkennt [3]).

Ob der Beklagte, welcher Zahlung offerirt, der Schuldner oder ein dritter Besitzer ist, ob er bona oder mala fide in den Besitz gelangte, ist gleichgültig. Es handelt sich hier nicht um eine Rechtswohlthat,

---

16) nov. 18 cap. 10.

1) Die Befriedigung kann auch durch Compensation geschehen. Seuff. Archiv Bd. XIV. n. 20. Windscheid Pand. § 235 Anm. 17.

2) l. 11 § 4 D. qui pot. 20, 4.

3) cfr. l. 73 D. de procuratoribus 3, 3 quod si lis contestata est, hoc omne officio judicis dirimendum est.

Digitized by Google

ſondern um eine Anwendung allgemeiner Regeln. Jeder kann für den Schuldner gültig zahlen und damit das Pfandrecht des Creditors vernichten.

l. 12 § 1 D. q. m. p. s. 20, 6 Paul. lib. 5 respons. Qui pignoris jure rem persequuntur, a persecutione rei eos removeri solere, si qualiscunque possessor offerre vellet: neque enim debet quaeri de jure possessoris cum jus petitoris removeatur soluto pignore.

Fraglich iſt jedoch, ob ſich auch, wer dolo desiit possidere durch Zahlung der Schuldſumme der Verurtheilung entziehen kann [4]). Wir müſſen uns hiefür entſcheiden, denn es erſcheint als Princip bei der Klage gegen den fictus possessor, daß die Verurtheilung wegfällt, wenn im Moment des Urtheils die Folgen des Dolus des Verklagten ausgeglichen ſind, ſo daß der Kläger vollkommen ſchadlos iſt [5]).

Dagegen fällt das Recht der Oblation weg, wenn der Gläubiger die Pfandſache bereits verkauft hat und ſich die Sache zum Zweck der Tradition an den Käufer verſchaffen will oder wenn der Käufer mit einer ihm cedirten Klage zu dieſem Zweck auftritt [6]).

Obgleich ſich der Beſitzer durch Zahlung der verſicherten Schuld von der Pfandklage liberiren kann, ſo hat er natürlich nicht das Recht, ſich durch Angebot des Werths der Pfandſache zu befreien, falls dieſer unter der Schuldſumme ſteht [7]).

§ 132. Urtheile auf Grund der Pfandklage. Verfahren in claſſiſcher Zeit.

Nach den Ausſprüchen der claſſiſchen Juriſten ſchloß das Verfahren in der Pfandklage entweder mit einer Abſolution des Beklagten oder mit einer Verurtheilung in Geld. Dies wird uns nicht nur für den Fall bezeugt, daß ſich das Pfand in der Hand eines ſolventen

4) Die Verneinung behauptet Göſchen Vorleſ. Bd. 2 § 359 Anm. 7 nach l. 16 § 3 D. h. t. 20, 1 si vero possideat et aut pecuniam solvat aut rem restituat absolvendus est.

5) l. 95 § 9 D. de solut. 46, 3. Dolo fecisti, quominus possideres . . si possessor corpus aut litis aestimationem praestitit, ea res tibi proderit, quia nihil petitoris interest.

6) oben S. 209 ff. Nach claſſiſchem Recht fiel das Recht der Oblation auch weg, wenn eine lex commissoria zugefügt war und der Gläubiger ſich für den Verfall entſchied, S. 277.

7) a. Anſ. Faber Cod. 8, 19 def. 8.

Digitized by Google

Dritten befindet; es gilt ebenso als das Normale, wenn der Schuldner selbst Pfandbesitzer ist. Wie aber! Wenn der Creditor seinen Debitor mit der actio hypothecaria belangt, so ist das Schlußresultat Verurtheilung in Geld! Danach wäre er mit der persönlichen Klage ebensoweit gekommen. Was nützt ihm der Nachweis des dinglichen Rechts, wenn er nicht in den Besitz des Executionsobjects gelangt. Wird er nicht ausrufen, wenn sich sein Pfandrecht in dieser Weise unter seinen Händen verwandelt, desinit in piscem mulier formosa! Dennoch ist an diesem Satz nicht zu zweifeln. Ulpian erklärt „si res pignerata non restituatur, lis adversus possessorem erit aestimanda, sed aliter adversus debitorem, aliter adversus quemvis possessorem.“ Marcian findet „semel causa transire videtur ad condemnationem et inde pecunia deberi“ [1]). Dasselbe Resultat ergiebt sich, wenn wir auf die allgemeinen Bestimmungen des classischen Prozesses zurückgehen.

Der Zweck der dinglichen Klage war in Rom wie heutzutage, Verschaffen des Besitzes der Sache, an welcher der Kläger ein Recht hat; die Herausgabe des Besitzes ist die natürlichste, oft die allein genügende Ausgleichung der Verletzung des klägerischen Rechts. Auch das römische Recht behielt dieses Ziel im Auge; aber darin besteht ein Unterschied, daß wir es in der Regel direct erzwingen, der römische Prozeß in classischer Zeit dagegen nur einen indirecten Zwang gegen den Beklagten üben konnte. Dieser Zwang wurde ausgeübt durch das juramentum in litem, wodurch der Kläger einseitig sein volles Interesse an der beanspruchten Sache feststellen konnte. Für den Beklagten lag hierin factisch eine Strafe des Ungehorsams, die ihn in der Regel zur wirklichen Restitution veranlaßte, rascher und parater als wir dies durch unsere Executionsmittel vermögen. Mit der Größe des Interesses, welches der Kläger an dem eingeklagten Object hatte — man denke, der natürliche Vater vindicirt die natürliche Tochter — stieg gleichsam die Kraft unseres Zwangsmittels und wir dürfen nicht zweifeln, daß der Kläger äußersten Falls eine so hohe Summe durch seinen Eid einseitig feststellen konnte, daß Beklagter hierdurch in Concurs versetzt wurde, wo dann Kläger mit der Masse auch das vindicirte Object an sich bringen konnte.

Daß so der Zustand bei den dinglichen Klagen gewesen ist, daß

1) l. 21 § 3 D. de pign. 20, 1. l. 16 § 3 § 6 D. eod

Digitized by Google

der Reſtitutionsbefehl bei den actiones arbitrariae — zu welchen die Pfandklage gehörte [2] — nicht direct exequirt wurde, dies geht aus manchen Andeutungen der Quellen hervor. Eine ganz beſonders überzeugende Kraft aber für uns hat l. 3 § 2 D. de rebus minorum non alienandis 27, 9 von Ulpian libro 35 ad edictum, eine Entſcheidung, bei der wir uns ebendeßwegen etwas länger verweilen.

> Item quaeri potest, si fundus a tutore petitus sit pupillaris nec restituatur, an litis aestimatio oblata alienationem pariat et magis est, ut pariat: haec enim alienatio non sponte tutorum fit.

Es iſt ein Satz der römiſchen Jurisprudenz, daß die Annahme der Litisäſtimation Seitens des Eigenthumsklägers eine Veräußerung der Sache, gleichſam einen Verkauf, involvirt [3]. Nun frägt ſich, ob dies auch dann der Fall, wenn der Vormund ein Mündelgrundſtück vindicirt und die Litisäſtimation vom Beklagten annimmt. Man ſollte glauben, eine Veräußerung finde hier nicht ſtatt, weil die Oratio Severi die Veräußerung von Grundſtücken der Pupillen außer für Tilgung von Schulden und nach eingeholtem prätoriſchem Decret verbietet. Dennoch hält Ulpian die Alienation für vollzogen; den Grund hiervon findet er ſelbſt darin, daß dieſe Alienation unabwendbar iſt, das Verbot aber nur freiwillige Veräußerungen trifft. Es ergiebt ſich alſo mit Beſtimmtheit, daß zu Ulpians Zeit kein Weg exiſtirte, um die Execution des Reſtitutionsbefehles ſelbſt zu erwirken.

Andere Wege, die man erdacht hat, um unſere Entſcheidung zu erklären, führen nicht zum Ziel. Man hat angenommen, Ulpian ſpräche von einem Fall, in welchem die Sachreſtitution aus factiſchen Gründen völlig unthunlich geweſen ſei; gerade bei Grundſtücken wird dies nicht vorkommen; auch diſtinguirt Ulpian nicht in dieſer Weiſe. Unrichtig aber iſt die Annahme, daß es ſich hier um einen Beklagten handle, welcher dolo desiit possidere [4]; denn die Zahlung der Litisäſtimation durch einen ſolchen Beklagten gilt den Römern nicht als Veräußerung und läßt der Klage des Eigenthümers gegen den jetzigen Sachbeſitzer freien Raum [5]; es konnte alſo gar die Frage nicht entſtehen, ob in ſolchem Fall das Veräußerungsverbot eingreife.

2) § 31 J. de act. 4, 6.
3) l. 46 D. de R. V. 6, 1.
4) So Zimmern röm. Rechtsgeſch. Bd. 3 S. 198 Anm.
5) l. 69 D. de R. V. 6, 1.

Digitized by Google

Eher könnte sich folgende Erklärung empfehlen. Man könnte behaupten, das Verbot Severs betreffe nur Veräußerungen, die ihren Grund in einer Handlung des Mündels oder des Vormunds haben, nicht aber solche, die in einer Unterlassung ihre Veranlassung haben. In der That kann ein Pupillargrundstück auf Grund verweigerter damni infecti cautio dem bedrohten Nachbar zugeschlagen werden, obgleich die Nichtleistung der cautio damni infecti durch die Vormünder dieser Veräußerung die Veranlassung gab. Es ließe sich nun denken, der Befehl des Richters zur Sachrestitution konnte in gewisser Frist vor den Prätor gebracht und dann durch ihn exequirt werden; versäumte der Vormund dies zu thun, so mußte es zur Litisästimation kommen. Diese habe also um deßwillen eine Veräußerung mit sich geführt, weil der Vormund dies Resultat nicht sowohl bewirkte als nicht abgewendet hat.

Doch nicht haltbar wäre die Behauptung, daß Veräußerungen schlechthin gültig seien, die in einer Unterlassung Seitens des Vormunds ihre Ursache haben. Es wird im Gegentheil entschieden, daß ein Ususfruct, den der Pupill während der Unmündigkeit durch non usus, also durch Unthätigkeit verlor, wieder hergestellt werden muß [6]). Richtig scheint uns vielmehr folgende Distinction. Das Verbot tritt nicht ein, wo wohlbegründete Rechte des Erwerbers in Frage stehen, die allerdings erst unter Voraussetzung der Versäumniß des Vormunds in Wirksamkeit treten konnten. Deßhalb steht es nicht dem Gläubiger bei Execution eines Urtheils, nicht dem Nachbarn bei dem Erwerb des schadendrohenden Nachbarhauses, nicht dem Herrn der Emphyteuse bei deren Verfall wegen Nichtentrichtung des Canons entgegen [7]). Wo dagegen die Versäumniß des Vormunds den Erwerb durch einen Nichtberechtigten möglich machte, findet das Verbot Anwendung. Es müßte also — da der mit der rei vindicatio Beklagte nicht berechtigt ist — dann eintreten, wenn der Vormund Betreibung des Restitutionsbefehls versäumte. Nur weil directe Verfolgung nicht möglich war, kann die Veräußerung als gültig erscheinen [8]).

---

6) l. 3 § 5 D. h. t. 27, 9.

7) l. 23 C. de adm. tut. 5, 37.

8) Daher ist die l. 68 D. de R. V. 6, 1 aus dem 51. Buch Ulpians ad edictum als in ihrer jetzigen Gestalt interpolirt anzusehen. Die Aechtheit der Stelle beanstandete Anton Faber conj. lib. 16 cap. 17, bes. mit Beziehung auf l. 1 C. de off. militaris jud. 1, 46. Savigny Bd. 5 § 221 not. d. Buchka Einfluß des Pro-

Digitized by Google

Freilich erhebt ſich gegen die Unzuläſſigkeit directer Execution des Reſtitutionsbefehls noch ein gewichtiges Bedenken. Es mag zugegeben werden, daß der indirecte Zwang durch das juramentum in litem, die Bedrohung der öconomiſchen Stellung des Beſitzers durch die in demſelben enthaltene Strafe, einen genügenden Eindruck auf einen ſolventen Beſitzer macht. Aber von wenig Einfluß wird ſie auf den ohnehin inſolventen Beklagten ſein. Und gerade an ſolche Fälle wird bei Anſtellung der Pfandklage gegen den Verpfänder vorzugsweiſe zu denken ſein. Es ſcheint alſo die Schwierigkeit, die uns von Anfang entgegentrat, hierdurch nicht gelöſt.

Hier zeigt ſich wieder, wie der einzelne Rechtsſatz ſtets nur im Zuſammenhang der ganzen Geſetzgebung begriffen werden kann. Was herausgenommen aus dem Syſtem des Ganzen unpaſſend ja abſurd ſcheint, wird natürlich, zuſammengedacht mit dem geſammten Rechtszuſtand. Erinnern wir uns, was auch nach andern Richtungen ſo wichtig iſt, daß der beklagte Beſitzer bei Beginn des Prozeſſes Caution für Zahlung des Judicats leiſten und durch ordentliche ſolvente Bürgen verſichern muß [9]). Von dieſem Geſichtspunkt aus erhält die Verurtheilung des Pfandbeſitzers in Geld ihre einleuchtende Rechtfertigung. Häufig fand der beklagte Pfandbeſitzer keine ordentlichen Bürgen. Namentlich nicht der Schuldner, der im Beſitz der Pfandobjecte verblieben war, die fällige Schuld nicht erfüllte und ſich anſchickte, dennoch dem Gläubiger die Herausgabe der Pfandobjecte zu verweigern. In ſolchem Fall erhielt der Gläubiger von vornherein ohne Prozeß den Beſitz des Pfandobjects. Stellte hingegen der Verklagte ſolvente Bürgen, ſo iſt nun für den Gläubiger das Ausſprechen der Geldcondemnation eine bei weitem günſtigere Chance als die Reſtitution des Pfandobjects ſelbſt. In letzterm Fall hat er noch nöthig, das Pfand zu verſilbern um zu ſeiner Befriedigung zu kommen. Dies geht nicht ohne Mühe, häufig wird er

---

zeſſes Bd. I. S. 150. Eine ſpecielle Beziehung auf die Fideicommiſſe mit Rückſicht auf die Inſcription (die jedoch nur darauf hinweiſt, daß die Stelle im Titel von den Legaten ſtand) giebt der Entſcheidung Wetzel Vindication S. 156. Für die Aechtheit ſind dagegen Glück Bd. 8 S. 228 Anm. 59. Keller Litiscontestation S. 215 Civilprozeß 2. Aufl. 342. Bethmann-Hollweg Gerichtsverfaſſung S. 331. Haſe Rhein. Muſeum Bd. 6 S. 27. Puchta Inſtitutionen II. § 179 not. h. h. Schmidt Zeitſchrift f. geſch. Rechtsw. Bd. 15 S. 69 ff. Im Weſentlichen auch Rudorff Rechtsgeſch. II. S. 307.

9) vgl. oben S. 287.

Digitized by Google

bei solchem Zwangsverkauf den vollen Sachwerth nicht erlösen. Kommt es hingegen zur Geldcondemnation, so ist er dieser Fährlichkeiten enthoben; er treibt den Pfandwerth unmittelbar von den solventen Bürgen aus der liquiden Caution ein und gelangt aufs bequemste zur Tilgung seiner Forderung.

Die bisherigen Erörterungen geben die Grundlage ab, um das Verhältniß der verschiedenen im Pfandprozeß gefällten Urtheile näher zu bestimmen.

1) Fand der Richter nach stattgehabter Verhandlung und geführtem Beweis die Ansprüche des Klägers gegründet, so sprach er die Anerkennung des klägerischen Rechts aus und knüpfte hieran den Befehl der Herausgabe der Sache mit Früchten innerhalb einer entsprechenden kurzen Frist. Es lag hierin insofern ein wahres Urtheil, als der pronunciirende Richter nicht mehr hiervon abgehen konnte [10]). Verfloß diese Frist fruchtlos, dann erfolgte erst der weitere Schritt, die Condemnation in Geld.

Von unserm Restitutionsbefehl und seinen Folgen handelt Marcian libro sing. ad formulam hypothecariam l. 16 § 5 D. de pignoribus 20, 1 in einer Stelle, die durch ihren Bezug auf den classischen Prozeß und wohl auch in Folge von Streichung erläuternder Zwischensätze durch die Compilatoren der Erklärung große Schwierigkeit entgegenstellt:

> Creditor hypothecam sibi per sententiam adjudicatam quemadmodum habiturus sit, quaeritur: nam dominium ejus vindicare non potest. Sed hypothecaria agere potest. Et si exceptio objicietur a possessore rei judicatae replicet: si secundum me judicatum non est.

Folgendes scheinen uns die Voraussetzungen dieser Entscheidung. Der Gläubiger, dem eine Pfandsache unter einer lex commissoria verpfändet war, hatte nach Verfall dieser Clausel die actio hypothecaria angestellt und es war ihm die Hypothek zugesprochen, adjudicirt worden. Nun blieb die Sache liegen, etwa weil der Beklagte Sachrestitution versprach, aber hinauszog. Inzwischen lief der Termin ab, welcher dem Richter in classischer Zeit für seine Amtsfunction gestellt war und es konnte demnach zu einer Condemnation in Geld nicht mehr kommen. Wie erhält jetzt der Sieger den Besitz der Hypothek? Execution des Re-

10) l. 35 § 1 D. de R. V. 6, 1.

Digitized by Google

ſtitutionsbefehls konnte er nicht fordern. Das Eigenthum vindiciren konnte er trotz des Verfalls der lex commissoria ebenſowenig, da er erſt Eigenthümer mit der Ergreifung des juriſtiſchen Beſitzes wird. Daher bleibt ihm nichts übrig, als die actio hypothecaria noch einmal zu erheben. Allerdings ſteht ihm entgegen, daß ſchon einmal in derſelben Sache ein Urtheil gefällt war, ſo daß ihm eine exceptio rei judicatae entgegentritt. Aber da dies frühere Urtheil gerade zu ſeinen Gunſten lautete und noch nicht erfüllt iſt, hält es Marcian für möglich, dies Hinderniß durch eine replicatio rei secundum me judicatae zu beſeitigen [11]).

2) Abſolution erfolgte bei den actiones arbitrariae nicht nur dann, wenn der Richter fand, daß kein Recht des Klägers beſtehe, ſondern auch dann, wenn deſſen Anſpruch durch den Reſtitutionsbefehl anerkannt war und daraufhin in gehöriger Weiſe erfüllt wurde [12]). Durch den Reſtitutionsbefehl allein trat die Vollmacht des Richters nicht außer Kraft, der Kläger konnte mit weiteren Petita hervortreten, der Richter den Beklagten mit erneuten Anſinnen belaſten. Erſt die Abſolution bildete den formellen Schlußpunkt. Zuweilen kam es ſelbſt zur Losſprechung vor völliger Erledigung der Sache. Dies dann, wenn das Pfandrecht des Klägers anerkannt wurde, die Erfüllung aber nicht ſofort möglich war, weil das Pfandobject vom Gerichtsort entfernt, etwa in eine Provinz verbracht war. Der Beklagte konnte hier Setzen einer angemeſſenen Friſt für die Herbeiſchaffung fordern; er mußte zu dieſem Zweck Caution leiſten und durch Bürgen verſichern, daß er die Litisäſtimation für den Fall der Nichteinhaltung zahlen wolle. Daraufhin folgte Abſolution [13]). Alles dies hing natürlich mit dem Inſtitut der

---

11) Wir nähern uns alſo der Erklärung von Ribbentrop comment. ad h. l. Keller Litiscontestation S. 581, nur daß die Anſicht, es ſei bereits zum Ausſpruch der Litisäſtimation gekommen und um deßwillen der Executionsbefehl nicht mehr verfolgbar, uns nicht in der Stelle begründet ſcheint. vgl. Buchka Einfluß des Prozeſſes I. S. 146, ſowie die Bemerkungen von Bekker prozeſſualiſche Conſumption S. 318. — Ganz abweicht Endemann Rechtskraft S. 77, der mit Aelteren vorausſetzt, daß die Klage gegen einen Nichtbeſitzer angeſtellt war, der ſpäter Beſitzer wird; deßgleichen Schmid Ceſſion I. S. 165.

12) l. 16 § 3 D. de pignoribus 20, 1. nam si non possideat, nec dolo fecerit, quo minus possideat absolvi debet. Si vero possideat et aut pecuniam solvat aut rem restituat aeque absolvendus est.

13) l. 16 § 3 D. de pignor. 20, 1. Sed si velit restituere, nec possit forte, quod res abest et longe est vel in provinciis, solet cautionibus res ex-

Digitized by Google

Privatrichter zusammen, deren Mandat nach kurzer Zeit erlosch und die berechtigt waren, ihre Mission für beendigt zu erklären, wenn sich die Restitution hinauszuziehen drohte. Heutzutage fällt die Absolution in dieser Gestalt überhaupt völlig weg.

3) Erfüllte der Beklagte den Restitutionsbefehl nicht, so kam es zur Condemnation. Hierbei unterschieden aber die spätern classischen Juristen die Lage des Verpfänders und eines dritten Besitzers [14]). Der Gläubiger hat in der Regel allen Ertrag des Pfands, den er über den Betrag der versicherten Schuld hinaus gewinnt, an den Verpfänder abzuliefern; es war daher consequent, daß man den Verpfänder von vornherein nur auf die Summe der versicherten Schuld condemnirte. Dritte Besitzer dagegen wurden der Natur der dinglichen Klage gemäß in den vollen Werth der Pfandsache, wie er durch einen Pfandverkauf gewonnen werden konnte, verurtheilt [15]) Dies setzt Ulpian auseinander libro 73 ad edictum l. 21 § 3 D. de pignoribus 20, 1.

> Si res pignerata non restituatur, lis adversus possessorem erit aestimanda, sed utique aliter adversus ipsum debitorem, aliter adversus quemvis possessorem: nam adversus debitorem non pluris quam quanti debet, quia non pluris interest: adversus caeteros possessores etiam pluris et quo amplius debito consecutus creditor fuerit, restituere debet debitori pigneratitia actione.

---

plicari: nam si caverit se restiturum, absolvitur. § 2 J. de officio judicis 4, 17. Sed si possessor neget in praesenti se restituere posse et sine frustratione videbitur tempus restituendi causa petere, indulgendum est ei, ut tamen de litis aestimatione caveat cum fidejussore, si intra tempus, quod ei datum est, non restituerit. cfr. l. 55 D. de a. emti 19, 1. l. 27 § 4 D. de R. V. 6, 1. l. 5 § 6. l. 12 § 5 D. ad exhib. 10, 4. l. 14 § 5 D. quod metus. c. 4, 2.

14) Vindicirt der Eigenthümer der Sache und kommt es zur Litisästimation, so gilt in der Regel der Zahlende als Käufer und erwirbt das Eigenthum. l. 1 l. 2 § 21 l. 3 D. pro emtore 41, 4 u. a. a. O. Man erwartet Aehnliches, wenn der Pfandgläubiger mit der Litisästimation abgefunden wird; in der That aber steht der Zahlende einem Käufer des Pfandes nicht gleich; der Verpfänder behält sein Eigenthum; es kann ihm nur eine Retentionseinrede bis zum Ersatz der ausgelegten Litisästimation entgegengestellt werden. l. 28 D. de pign. a. 13, 7. l. 2 D. q. m. p. s. 20, 6. l. 65 D. de R. V. 6, 1. l. 7 § 12 D. comm. div. 10, 3.

15) Nicht in diesen Prozeß kann gezogen werden, ob diese dritten Besitzer als Successoren des Verpfänders wieder einen Regreß gegen diesen haben würden, in welchem Fall allerdings die hyperocha auf einem Umweg an sie zurückkommen muß.

Digitized by Google

Man könnte glauben, Marcian faſſe das Verhältniß anders auf, wenn er — etwa gleichzeitig mit Ulpian — libro singulari ad formulam hypothecariam l. 16 § 6 D. de pignoribus 20, 1 folgendermaßen entſcheidet:

> Si pluris condemnatus sit debitor non restituendo pignus, quam computatio sortis et usurarum faciebat, an si tantum solverit, quantum debebat, exoneretur hypotheca? quod ego quantum quidem ad subtilitatem legis et auctoritatem sententiae non probo. Semel enim causa transire videtur ad condemnationem et inde pecuniam deberi. Sed humanius est, non amplius eum, quam quod re vera debet, dando hypothecam liberari.

In der That beſtimmt aber Marcians Ausſpruch nicht, wie dem Schuldner gegenüber in der Pfandklage die Litisäſtimation geſchätzt werden ſoll, ſondern nur wie es zu halten ſei, wenn der Richter hinſichtlich ſeiner Verurtheilung unrichtigen Principien folgt und den Schuldner in den vollen Sachwerth verurtheilt. Hier kann ſich gleichwohl, erklärt Marcian, der Schuldner gegen die actio judicati durch exceptio doli ſchützen [16]), wenn er den Schuldbetrag abgezahlt hat, der Zweck des Pfandrechts und der Pfandbeſtellung wird auch jetzt nach Durchführung der actio hypothecaria und Ausſprechen der Condemnation feſtgehalten.

Es giebt indeſſen Fälle, in denen auch der Schuldner auf den Sachwerth verurtheilt werden müßte. Dies dann, wenn der Pfandgläubiger das Pfand bereits in gehöriger Weiſe verkauft hat und nun den Beſitz erſtritt, um die Sache dem Käufer zu tradiren. Der Schuldner könnte ſich jetzt durch Angebot der Schuld nicht mehr befreien; dem Käufer war, wenn die Sache vom Schuldner nicht reſtituirt wurde, verpflichtet, mindeſtens deren volle Aeſtimation zu leiſten. Deßgleichen iſt über den Betrag der Schuld hinaus zu ſprechen, wenn der Verpfänder den Beſitz vor dem Prozeß ſchuldhafterweiſe aufgab. Ein ſolcher Prozeß hat einen pönalen Charakter, das Urtheil enthält eine Strafcondemnation und bemißt ſich nicht bloß nach dem Betrag der Schuld, ſondern nach dem Intereſſe, welches der Kläger durch jura-

16) cfr. l. 15 D. de exc. doli 44, 4. l. 17 § 2 D. sol. matr. 24, 3. si in judicio dotis judex ignorantia juris lapsus condemnaverit maritum in solidum doli exceptione eum uti oportere.

Digitized by Google

mentum in litem feststellen zu können vermeint [17]). Doch konnte der Verklagte bis zum Aussprechen der Condemnation immer noch durch Restitution des eingeklagten Objects oder Zahlung der Schuld die Verurtheilung abwenden.

§ 133. Fortsetzung. Detailpunkte.

Im heutigen Prozeß schließt das ordentliche Verfahren für den Fall der Anerkennung des klägerischen Rechts mit der Auflage ab, daß Beklagter die Pfandsache dem Gläubiger restituire, respective sich den gerichtlichen Verkauf gefallen lasse und die Sache dem Käufer abtrete. Das zweite Stadium des classischen Prozesses der Römer, die Condemnation in Geld, fällt daher weg. Doch kann eine solche Verurtheilung im Laufe des Executionsverfahrens, das auf Grund des erwirkten rechtskräftigen Urtheils eingeleitet wird, vom Kläger beantragt und vom Gericht ausgesprochen werden, falls sich der Realexecution Hindernisse in den Weg stellen und dem Kläger ein Liquidationsverfahren förderlicher scheint. Für die Höhe der Liquidationssumme sind in solchem Falle die römischen Bestimmungen maßgebend.

Art und Umfang der Verurtheilung ist noch in einer Reihe von Detailpunkten zu erörtern, die für den heutigen Prozeß von Wichtigkeit sind.

1) Es kann sich die Frage erheben, wo hat die Restitution verpfändeter Mobilien zu geschehen.

Der Besitzer kann natürlich stets am Klagort — regelmäßig dem Ort seines Domicils — restituiren [1]). Befindet sich die Sache an einem dritten Ort, so ist bei der Eigenthumsklage zu unterscheiden zwischen dem bonae fidei und dem malae fidei possessor. Der erstere kann restituiren, wo sich die Sache findet, doch hat er sie in Folge des Verlangens des Klägers auf dessen Gefahr und Kosten an den Klagort zu liefern. Der malae fidei possessor muß die Sache auf eigne Ge-

---

17) l. 16 § 3 D. h. t. 20, 1 .... Sin vero dolo quidem desiit possidere — summa autem ope nisus non posset rem ipsam restituere — tanti condemnabitur, quanti actor in litem juraverit, sicut in caeteris in rem actionibus: nam si tanti condemnatus esset, quantum deberetur, quid proderat in rem actio, cum et in personam agendo idem consequeretur.

1) l. 10. l. 11 l. 12 D. de R. V. 6, 1. l. 11 § 1 D. ad exhib. 10, 4. l. 12 § 1 D. depositi 16, 3.

Digitized by Google

fahr und Koſten an den Klagort bringen laſſen, wenn er ſie entfernt und an ihren jetzigen Standort gebracht hat.

Bei der Pfandklage tritt Kenntniß des Pfandrechts als ein weiteres, zu erwägendes Moment hinzu. War der Beſitzer Sacheigenthümer oder bonae fidei possessor, und hat er in Kenntniß des Pfandrechts die Sache doloſerweiſe an einen dritten Ort gebracht, um der Vindication des Pfandrechts Hinderniſſe in den Weg zu legen, ſo hat er Koſten und Gefahr des Rücktransports zu tragen. Hat er hingegen die Sache vor dem Prozeß bona fide, wenn auch in Kenntniß des Pfandrechts zu eignem Gebrauch entfernt, ſo wird er weder Koſten noch Gefahr des Rücktransports zu tragen haben, da ihm die freie Dispoſition zuſteht, bis der Pfandgläubiger klagend auftritt und ſeine Rechte geltend macht.

Der malae fidei possessor wird ſelbſt dann, wenn er das Pfandrecht nicht kannte, den Rücktransport auf ſeine Rechnung nehmen müſſen, falls er die Sache entfernte, um ſie doloſerweiſe dem Eigenthümer zu entziehen; der Gläubiger darf durch deſſen doloſes Benehmen nicht leiden.

2) Mit der Hauptſache hat der Pfandbeſitzer Früchte zu reſtituiren [2]).

Die Früchte der Pfandſache ſind in der Regel mit ihr *verpfändet*, ja es gilt dies ſtillſchweigend als gewollt. Doch iſt zur Realiſirung eines ſolchen *Pfandrechts* nothwendig, daß die Frucht noch, nachdem ſie ſelbſtſtändige Exiſtenz gewann, irgendeinmal in *das Eigenthum des Verpfänders* getreten iſt. Solche Früchte kann der Creditor mit einer ſelbſtſtändigen actio hypothecaria verfolgen und zwar nach ſeiner Wahl entweder mit oder vor oder nach Einklagung der Hauptſache [3]).

Abgeſehen hiervon, ſind dem Kläger in gewiſſem Maße Früchte bei Gelegenheit der Pfandklage officio judicis zuzuſprechen. Es iſt dies gerade dann von Bedeutung, wenn ihm die Frucht nicht als ſolche verpfändet iſt, wenn der Verpfänder die Mutterſache vor dem Selbſtſtändigwerden der Frucht veräußert hat, oder wenn dieſelbe auch nur vorher in die Hände eines bonae fidei possessor gerieth. Deßgleichen, wenn der Verpfänder aus-

2) vgl. Huſchke in Lindes Zeitſchrift Bd. 20 S. 273 ff. Francke Archiv f. c. Pr. Bd. 30 S. 189 ff. Janke Fruchtrecht S. 260. cfr. Bangerow I. § 370 II.

3) vgl. Bd. I. S. 438 ff.

Digitized by Google

drücklich nur die Hauptſache, nicht den Ertrag verpfändet hatte. Nicht unzweifelhaft aber iſt der Umfang dieſes Anſpruchs auf die Früchte. Bei der Eigenthumsklage muß bekanntlich der bonae fidei possessor Erſatz der nach der Litisconteſtation gezogenen oder auch culpos verſäumten leiſten; desgleichen, die im Moment der Litisconteſtation beim Beklagten exiſtirenden; der malae fidei possessor wird wegen aller, auch vor dem Prozeß gewonnener oder culpos verſäumter Früchte verurtheilt. Für die Pfandklage entſcheidet Marcian.

l. 16 § 4 D. de pignor. 20, 1.

Interdum etiam de fructibus arbitrari debet judex: ut, ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet. Quid enim si minoris sit praedium, quam debetur? Nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronunciare, nisi extent et res non sufficit[4]).

Reſtituirt alſo ſollen werden:

a) Die Früchte von der Zeit des Beginns des Proceſſes an und zwar nach allgemeinen Grundſätzen nicht nur die percipirten, ſondern auch die verſäumten, nicht nur noch exiſtirende, ſondern auch während des Prozeſſes conſumirte Früchte. Dieſe Pflicht tritt ein, mag nun der Beklagte der Verpfänder ſelbſt, oder ein Dritter ein gut oder bösgläubiger Beſitzer einer fremden Sache oder ein nachfolgender Eigenthümer ſein. Es beruht dieſe Verbindlichkeit auf dem allgemeinen Satz, daß dem Kläger dasjenige präſtirt werden muß, was er gehabt hätte, falls ihm ſofort nach erhobener Klage die angeſprochene Sache reſtituirt worden wäre[5]).

b) Die Zeit *vor dem Prozeßanfang* hingegen kann, lehrt Marcian, in der Regel *nicht in Betracht kommen*; nur wegen Früchte, die im Augenblick des Prozeßanfangs noch *vorhanden ſeien*, dürfe der Richter unter Umſtänden condemniren[6]).

Hier iſt vor Allem noch eine Beſchränkung zuzufügen. Es ſcheint uns klar, daß der *Hypothekar* ſtets nur ſolche Früchte fordern kann, welche *nach dem Augenblick des Fälligwerdens der Forderung* gezogen wurden, denn vorher hatte er ja kein Recht auf den

4) Haloander und Vulgata leſen nisi res extent.

5) l. 35. l. 75 D. de V. S. 50, 16. l. 20 D. de R. V. 6, 1.

6) Janke Fruchtrecht S. 264 erklärt freilich die Worte de antecedentibus fructibus als „die vorerwähnten Früchte". Vgl. hierüber Vangerow l. c.

Digitized by Google

Beſitz der Hypothek und keine Befugniß, die Früchte zur Tilgung ſeiner Forderung anzuſprechen.

Im weitern wird man vermiſſen, daß Marcian die Lage des Verpfänders, eines nachfolgenden Eigenthümers, eines malae fidei und eines bonae fidei possessor der Sache nicht geſondert habe. In der That aber gilt ſein Ausſpruch unter allen Conſtellationen gleichmäßig. Man möchte denken, der Verpfänder, der eine ſelbſtſtändige Verpfändung der Früchte ablehnte, könne wegen vor dem Prozeß gewonnener, in ſein Eigenthum gelangter Früchte nicht belangt werden. Der Pfandgläubiger jedoch wird erwiedern, nur aus dem Grund, weil ich mit der Klage zögerte, haſt du jene Früchte gewonnen, ſie exiſtiren noch bei dir in Folge meiner Nachſicht. Billigkeit fordert, daß du mir, was du ſo innehaſt, herausgebeſt. Die römiſchen Richter ſind im Fall der Noth, wenn die Hauptſache offenbar nicht zureichte, auf dies Raiſonnement eingetreten. — Dieſelbe Argumentation konnte der Pfandgläubiger aber auch dem Eigenthümer, welcher Nichtſchuldner iſt, gegenüberhalten, wenn dieſer Früchte aus der Zeit nach Fälligkeit der Hypothek in Händen hat [7]). Daß man auch hier das gleiche Begehren im Fall der Inſufficienz des Pfandes nicht abwies, beweiſt der allgemeine Ausſpruch Marcians, der nicht diſtinguirt.

Genau dieſelben Grundſätze mußten zur Anwendung kommen, wenn ein malae fidei possessor beſaß. Denn der bösgläubige Beſitzer hat ja kein ſelbſtſtändiges Recht auf die Früchte, dieſe werden vielmehr den Sacheigenthümern erworben. Und nur was dieſer hätte dem Pfandgläubiger abgeben müſſen, kann der Gläubiger vom malae fidei possessor fordern.

Endlich iſt möglich, daß ein gutgläubiger Beſitzer, der nicht Eigenthümer wurde, die Pfandſache in Händen hat. Daß er nicht mehr als die noch exiſtirenden Früchte herauszugeben hat, iſt klar, da er ja auch der rei vindicatio gegenüber zu weiterem nicht verpflichtet iſt.

Aus dem Geſagten erhellt, daß der Ausſpruch Marcians, der eben nur den Fall beſchlägt, in welchem die Früchte nicht ſpeciell verpfändet ſind, eine allgemeine Anwendung hat, in Bezug auf Früchte, die nach dem Fälligwerden der Pfandklage gezogen wurden [8]).

3) Wir haben früher hervorgehoben, daß mit der actio hypothecaria

---

7) a. Anſ. Francke Archiv Bd. 30 S. 189. Vangerow l. c. § 370.

8) Ueber Civilfrüchte vgl. Römer Frankf. Rechtsſachen Bd. I. S. 531.

Digitized by Google

auch belangt werden kann, wer ſchuldvoller Weiſe vor dem Prozeß den Beſitz aufgab. Es iſt dies hier noch etwas näher zu beſtimmen.

Zur Verantwortung kann wegen ſolchen Verhaltens gezogen werden vor Allem wer das Pfandrecht kannte, und die Pfandklage durch ſeine Handlungen zu vereiteln ſuchte, mag er nun Sacheigenthümer oder anderweiter Beſitzer ſein. Deßgleichen iſt aber auch der malae fidei possessor hierherzuzählen, welcher das Pfandrecht nicht kannte, aber im Bewußtſein, daß der Eigenthümer an der Sache beſſere Anſprüche habe, dieſe verdarb oder wegſchaffte. Der Beſitzer wird nicht nur verantwortlich, wenn durch ihn die Sache völlig zu Grunde ging, ſondern nicht minder dann, wenn ſie durch ſein Benehmen auch nur zum Theil zerſtört, beſchädigt und devaſtirt iſt.

Es trifft ihn Verantwortlichkeit nicht nur wegen des Schadens, der durch ſeinen Dolus, ſondern auch der durch Culpa entſtand. Allerdings iſt dies nicht allgemein anerkannt. Die Analogie der Eigenthumsklage iſt herbeizuziehen und gerade über deren Beſtimmungen herrſcht Streit [9]). In der That ſprechen die römiſchen Juriſten nicht ſelten ſo, als wenn nur der dolus praeteritus bei der Eigenthumsklage in Betracht käme [10]). An andern Stellen jedoch ziehen ſie ganz entſchieden den malae fidei possessor auch wegen culpa zur Verantwortung [11]). Auch ſpricht das ſogenannte S. C. Juventianum, auf deſſen Text man die Haftpflicht des malae fidei possessor zurückführt, keineswegs bloß von Dolus des Verklagten: Item eos, qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quominus possiderent, perinde condemnandos quasi possiderent. Beſonders von Gewicht iſt aber folgende Erörterung von Paulus. Derſelbe behandelt die Frage, ob der Debitor verantwortlich iſt, wenn er einen Sklaven durch Stipulation promittirt hat und wenn er — ehe er in Mora verſetzt iſt — durch Nachläſſigkeit deſſen Tod verſchuldet [12]). Er frägt utrum quemadmodum in vindicatione hominis,

9) Für die Haftung u. A. Glück Bd. 8 S. 208. Wächter Erört. H. 3 S. 130 Anm. Savigny Syſtem Bd. 6 S. 167. Vangerow § 332. Bekker Jahrb. IV. S. 192. Dagegen Arndts Pand. § 167 not. d. Keller § 149 Anm. 16. Windſcheid Pand. I. S. 491 Anm. 13.

10) l. 27 § 3 D. de R. V. 6, 1. l. 36 pr. D. eod.

11) l. 25 § 2. l. 31 § 3 D. de her. pet. 5, 3. l. 45 D. de R. V. 6, 1

12) l. 91 pr. D. de V. O. 45, 1.

Digitized by Google

si neglectus a possessore fuerit, culpae hujus nomine tenetur possessor ita et cum dari promisit? Der Juriſt ſtellt ſeine Frage für den Fall, in dem der Schuldner noch nicht in Mora iſt, alſo für die Zeit vor der Erhebung der Klage auf Lieferung des Sklaven [13]). Wenn er nun zur Vergleichung die Vindication benutzt, den Beſitzer in dieſer als für Fahrläſſigkeit haftend erklärt, ſo muß er dies gleichfalls für die Zeit vor dem Prozeß meinen. Dieſe Erhöhung der Haftung des Beſitzers entſpricht aber auch dem allgemeinen Gang des Rechts [14]). Wer den Beſitz einer Sache hat, an der, wie er weiß, fremde Rechte haften, trägt dafür die Verantwortlichkeit der Fürſorge. Von dieſem Geſichtspunkt aus wird es wohl nicht zu übertrieben ſein, wenn wir jeden Beſitzer einer Pfandſache, welcher das Pfandrecht eines Andern kennt, für verantwortlich erklären, falls er direct oder indirect durch fahrläſſige Handlungen die Schuld des Untergangs der Sache trägt.

4) Mit der Einleitung des Prozeſſes ſteigert ſich die Haftpflicht des Beſitzers. Bei der Eigenthumsklage haftet der bösgläubige Beſitzer fortan ſogar für Zufall; aber auch der gutgläubige, der ſich für den Eigenthümer hält, für Fahrläſſigkeit, da jetzt die Möglichkeit der fremden Berechtigung ihn behutſam machen muß [15]). — Für die Beſtimmung der Verantwortlichkeit gegenüber dem klagenden Pfandgläubiger kann es nun aber nicht darauf ankommen, ob der Beklagte die Sache an und für ſich mala oder bona fide beſitzt; entſcheidend iſt vielmehr, ob er das Recht des Gläubigers kannte oder auch, was wir gleichſetzen dürfen, nach vorliegender Sachlage kennen mußte oder ob er das Pfandrecht des Gläubigers bezweifelte und bezweifeln konnte. Im erſten Fall war er verpflichtet, ſofort zu reſtituiren und trägt mit Recht ſelbſt den Zufall, der die Sache bei ihm trifft; im zweiten war er berechtigt, ja verpflichtet, die Reſtitution aufzuſchieben, bis der richterliche Spruch dem Zweifel ein Ende macht.

Wer aber auch böswillig nicht reſtituirt, kann ſich im Fall zufälligen

---

13) Nach dem Prozeßanfang haftet der mit der actio ex stipulatu Belangte, jedenfalls für culpa, nach Buchka Einfluß des Prozeſſes I. S. 184 ſogar für casus. l. 12 § 3 D. depositi 16, 3. l. 8 D. de re judicata 42, 1. l. 5 D. de confessis 42, 2. vgl. Bangerow Pand. § 160.

14) Damit in Uebereinſtimmung ſteht, daß der m. f. possessor für die verſäumten Früchte haftet. Bangerow § 333 II. 1 a.

15) vgl. Bangerow Pand. § 333 und dort Cit.

Digitized by Google

Untergangs entlasten, wenn er beweist, daß die Sache bei rechtzeitiger Restitution an den Kläger durch den gleichen Zufall zu Grunde gegangen wäre, insbesondere, daß dieser sie nicht verkauft hätte.

5) Aufmerksamkeit verdient noch der Fall, in dem der Besitzer die Pfandsache während der Dauer des Pfandprozesses veräußert hat. Ein solcher Act ist nach justinianeischem wie heutigem Recht erlaubt, denn es machte nur die Anstellung einer Eigenthumsklage das Streitobject litigios und unveräußerlich [16]).

Gleichwohl leidet der Kläger hierdurch keinen Schaden. Er kann vor Allem die Klage gegen den Beklagten weiter fortführen, und dessen Verurtheilung erwirken. Der Beklagte, der sich hiervon befreien will, kann dies nur dadurch, daß er dafür sorgt, daß sein Successor den Prozeß in der Lage reassumire, in der sich derselbe befindet. Geschieht dies nicht, so erfolgt die Verurtheilung des ursprünglichen Beklagten zunächst auf Restitution der Sache, gleich als wenn er noch besäße. Wird dann die Hülfsvollstreckung verlangt und kann der Verurtheilte nicht die Restitution leisten, so kann er in den Geldwerth der Pfandsache verurtheilt werden; er selbst trägt die Schuld, daß er nicht restituiren kann.

Nach einem durch die moderne Praxis sanctionirten, der Natur des Verhältnisses entsprechenden Satz, muß auch der Dritte, der nach der Litiscontestation vom Beklagten erworben hat, das gegen diesen ergangene Erkenntniß als für sich bindend anerkennen; die Execution des Restitutionsbefehls kann auch gegen ihn vollzogen werden [17]).

Alle diese Sätze treffen natürlich nicht zu, wenn der Besitzer des Pfands während des Prozesses von einem dritten Vindicanten genöthigt wurde, die Sache herauszugeben; der Beklagte ist hier ohne Schuld und dem Gläubiger daher nicht verantwortlich; noch weniger kann der Vindicant verpflichtet werden, sich das Resultat des Pfandprozesses gefallen zu lassen.

---

16) Nov. 112 cap. 1. verb. ab hoc autem litigiosi vocabulo hypothecas separari decernimus . . . liceat debitori eas cui et quando voluerit vendere. Zimmermann Archiv Bd. 35 S. 441 ff. Brinz Pand. I. S. 355.

17) vgl. u. A. Leyser med. ad Pand. VII. spec. 518 n. 2. Wächter würtemb. Privatrecht II. S. 529. Zimmermann Archiv Bd. 36 S. 60 und dort Citirte. Martin Vorles. II. S. 350. Windscheid Pand. I. § 125 Anm. 6 und Andere.

Digitized by Google

Zweites Kapitel.

Summariſche Prozeſſe.

§ 134. Einleitung. Eigenmächtige Beſitzergreifung des Pfands.

Die Eigenmacht des Verletzten wird oft das raſcheſte, das ſicherſte Mittel zur Geltendmachung eines verletzten Rechts bilden, aber es leuchtet ein, daß die allgemeine Zulaſſung dieſes Wegs den öffentlichen Frieden gefährden würde. Unberechtigte würden Gewaltthaten unter dieſem Vorwand zu decken ſuchen; ſelbſt wenn der Berechtigte aufträte, würden ſich doch leicht an ſein Handeln eigne und fremde Ausſchreitungen knüpfen und der Widerſtand des Gegners, der ſich gleichfalls für den Berechtigten hielte, würde einen anarchiſchen Zuſtand herbeiführen.

Daher zog das römiſche Recht der Selbſthülfe feſte Schranken und ſteigerte im Lauf ſeiner Entwicklung mehr und mehr deren Prohibition, wenn es ihr auch nicht wie neuere Rechte principiell feindlich war, vielmehr dies einfachſte Vollſtreckungsmittel in gewiſſen Gränzen zu organiſiren und zu verwerthen wußte. Jene Schranken ſind hauptſächlich folgende:

Seit den Anfängen der Rechtsentwicklung mußte auch der Berechtigte den juriſtiſchen Beſitz des Gegners achten; ſonſt kehrten ſich die Beſitzinterdicte gegen ihn. Mit Strafandrohungen ſchritten ſeit Ende der Republik die lex Plautia, die leges Juliae de vi ein, indem ſie gewiſſe grave Formen der Gewalt verpönten, namentlich Gewalt mit Waffen ſowie Gewalt, die zur Verwundung oder Tödtung von Menſchen führte, und dies ohne Unterſchied, ob Jemand ſein Recht zur Vollziehung bringen wollte oder auch materiell im Unrecht war. Direct der Selbſthülfe, auch wenn ſie ohne Anwendung phyſiſcher äußerer Gewalt geſchah, trat erſt entgegen das Decret Marc Aurels. Es bedrohte den Gläubiger, welcher ſich eigenmächtig durch Beſchlagnahme von Sachen des Schuldners Befriedigung verſchaffen wollte, mit Verluſt ſeiner Forderung und die Jurisprudenz glaubte auf ein ſolches Vergehen auch die übrigen Strafen der lex Julia de vi anwenden zu müſſen [1]).

---

1) l. 7 l. 8 D. ad legem Juliam de vi privata 48, 7.

Digitized by Google

Dies waren die Grundsätze, welche auch die eigenmächtige Besitzergreifung von Pfändern reguliren mußten. Freilich liegt in ihr kein Diebstahl [2]), denn der Gläubiger, der einen Anspruch auf den Besitz hat, begeht durch sie kein materielles Unrecht. Dennoch konnte sie straffällig werden. Es war zu unterscheiden:

1) Schritt der Creditor zu gröberer Gewaltthat, sei es, daß er mit Bewaffneten auftrat, sei es, daß es zur Verwundung oder gar Tödtung von Menschen kam, so verfiel er den Strafgesetzen der leges Juliae de vi. Hierbei war es gleichgültig, ob er den juristischen Besitz der Pfänder gehabt hatte, und der Debitor für ihn Detention übte, oder ob er den juristischen Besitzer in solcher Weise zu verdrängen suchte. Sehr zweifelhaft konnte aber sein, ob der Pfandgläubiger mit der actio vi bonorum raptorum belangt werden konnte, wenn er mit zusammengerotteter Schaar oder überhaupt mit persönlicher Gewalt seine Pfänder wegraubte. Ulpian behandelt die Frage in l. 2 § 18 D. vi bonorum raptorum 47, 8.

> Hac actione is demum tenetur, qui dolum adhibuit. Si quis igitur suam rem rapuit, vi quidem bonorum raptorum non tenebitur, sed aliter multabitur. Sed et si quis fugitivum suum, quem bona fide aliquis possidebat, rapuit, aeque hac actione non tenebitur: quia rem suam aufert. Quid ergo si sibi obligatam? Debebit teneri [3]).

Man sollte glauben, entweder sei die actio vi bonorum raptorum zur Verfolgung gewaltthätiger, ihrer Form nach verletzender Handlungen bestimmt, ohne Rücksicht darauf, ob in ihnen ein materielles Unrecht liege; dann müsse nicht nur der Pfandgläubiger, der die Pfänder wegraubt, sondern auch der Eigenthümer, der dem gutgläubigen Besitzer eine Sache mit Gewalt entzieht, dieser Klage unterliegen, oder die Klage solle nur gegen durch Raub und Gewalt verübtes materielles Unrecht gerichtet sein, dann könnte weder der Pfandgläubiger noch der

---

2) l. 55 D. de furtis. 47, 2. Ulpianus 3 disputationum. Cum creditor rem sibi pigneratam aufert, non videtur contrectare, sed pignori suo incumbere. Anders steht es indessen im Fall einer Verhypothecirung vor dem Fälligwerden der Forderung.

3) Die Entscheidung Ulpians wird bestätigt von Diocletian l. 3 C. de vi bon. rapt. act. 9, 33. Res obligatas sibi creditorem vi rapientem non rem licitam facere sed crimen committere convenit, eumque etiam vi bonorum raptorum intra annum utilem in quadruplum, post simpli actione conveniri posse non ambigitur.

Digitized by Google

Eigenthümer, welche Sachen wegnehmen, auf deren Beſitz ſie Anſpruch haben, von dieſer Klage betroffen werden. Dieſe Conſequenz findet ſich nicht durchgeführt. Man hatte zwar das Beſtreben, das formelle Unrecht und die äußere Gewaltthat durch unſere Privatſtrafe zu treffen: aber nur gegenüber dem Pfandgläubiger gab man ihm Realität. Hingegen nahm man an, daß die Worte des Edicts nicht zuließen, auch den mit Gewalt vorſchreitenden Eigenthümer mit der actio vi bonorum raptorum zu belangen; denn es war nicht nur im Edict dolus malus gefordert, ſondern geradezu der Eigenthümer zunächſt als Kläger bezeichnet „cujus bona rapta esse dicentur“. So alſo kam es, daß man zu einem reinen und durchgreifenden Reſultat in dieſer Hinſicht nicht gelangte.

2) Hatte der Pfandgläubiger gröbere Gewaltthat vermieden, aber ſich eigenmächtig in die factiſche Herrſchaft geſetzt, dann war zu unterſcheiden zwiſchen dem Fauſtpfand und der bloßen Hypothek:

a) Der Fauſtpfandgläubiger, der den juriſtiſchen Beſitz des Pfandes nicht verloren hatte, war befugt, ſich eigenmächtig in die Detention der Sache zu ſetzen, die er einem Andern überlaſſen hatte, er konnte ſelbſt den Schuldner verdrängen, ohne der Autoriſation des Gerichtes zu bedürfen, wenn dieſer ſich precario in der Sache befand. Widerſetzte ſich der Schuldner, ſo machte er ſich der Gewalt ſchuldig. Ebenſo war die eigenmächtige Beſitznahme einer fiducia geſtattet, wenn, was die Regel bildete, auch der juriſtiſche Beſitz auf den Gläubiger übertragen war, und der Schuldner nur precario in derſelben ſaß.

> Paulus sententiae V, 26 § 4. Creditor chirographarius si sine jussu praesidis per vim debitoris sui pignora, cum non haberet obligata, ceperit, in legem Juliam de vi privata committit. Fiduciam vero et pignora apud se deposita persequi et sine auctoritate judicis vindicare non prohibetur.

b) Dagegen behandelte man die eigenmächtige Beſitznahme von Hypotheken ohne Willen des Debitors und Autoriſation des Gerichts ſeit dem Decret von Marc Aurel als ein Delict und beſtrafte daſſelbe nicht nur mit Verluſt des Forderungsrechts, ſondern auch mit den andern öffentlichen Strafen der lex Julia. Hierher bezieht ſich wohl die Aeußerung von Paulus II, 14 § 5. Si quis pignora debitoris citra auctoritatem judicantis abduxerit, violentiae crimen admittit.

Digitized by Google

Hiervon findet ſich aber wieder eine wichtige Ausnahme für den Fall, daß der Schuldner von vornherein dem Gläubiger Vollmacht zur Occupation des Beſitzes gegeben hatte.

l. 3 C. de pignoribus 8, 14. Severus et Antoninus. Creditores qui non reddita sibi pecunia conventionis legem, ingressi possessionem, exercent, vim quidem facere non videntur, attamen auctoritate praesidis possessionem adipisci debent.

Der Gläubiger hat ſich ausbedungen, daß er ſich eigenmächtig in den Beſitz der verhypothecirten Objecte ſetzen darf. Hier erklärt der Kaiſer das eigenmächtige Ergreifen des Beſitzes für keine Gewalt, alſo für ſtraflos; — dennoch ſoll der Creditor die Obrigkeit angehen und ſich ihrer Vermittelung bedienen. Liegt nun hierin eine bloße Ermahnung, ein Rath des Kaiſers, ohne daß ſich ein Präjudiz gegen die Uebertretung findet? [4]) Uns ſcheint die Sache ſo zu ſtehen. Hat der Schuldner dem Gläubiger im Pfandvertrag das Recht eigenmächtiger Beſitzergreifung eingeräumt, ſo hielt man das decretum Divi Marci nicht für anwendbar; dies Decret tritt ein, wenn Jemand rem debitoris non ab ipso traditam sine ullo judice possidet sibique jus dicit; in unſerm Fall aber ſtützt ſich der Creditor bei der Beſitzergreifung auf eine von vornherein ertheilte Autoriſation des Schuldners. Daher knüpft ſich keine Strafe an ſein einſeitiges Vorgehen. Widerſetzt ſich indeſſen der Schuldner, der ja im juriſtiſchen Beſitz iſt, der Occupation durch den Gläubiger; dejicirt er ihn ſofort, nachdem er von der Beſitzergreifung hört, ſo iſt er durch die Beſitzesinterdicte geſchützt. Wollte ſich der Creditor ihm gegenüber behaupten, ſo erſchien er als gewaltſamer Dejicient und ohne Zweifel dem interdictum unde vi unterworfen. Bei dieſer Sachlage war der Verſuch eigenmächtiger Occupation, ſelbſt auf Grund eines Vertrags ein bedenklicher und nicht zureichender Weg [5]), und der Kaiſer, der vorher über deſſen Zuläſſigkeit gefragt wurde, konnte vor ihm warnen und auf die

---

4) Bereits Azo in summa Cod. h. t. erklärt debent = urbanius laudabiliusque. Dieſe Erklärung ſtellt auch als möglich hin Bartolus: sicut in sacra pagina quaedam sunt praecepta, in quibus contra faciens peccat mortaliter, ut in non dilectione proximi et similibus, quaedam sunt consilia, ut illud vende omnia, quae habes et da pauperibus . . . ita in jure civili . . .

5) cfr. l. 3 § 4 D. de sepulchro violato 47, 12 wo ſich eine ähnliche Ausdrucksweiſe findet.

Digitized by Google

Verfolgung durch Klage [6]) verweiſen, ohne die Selbſthülfe als verboten und ſtrafbar darzuſtellen.

Eine Beſtätigung des Ausſpruchs von Severus in der l. 3 C. de pign. ſcheint zu liegen in einer Verordnung von Diocletian aus dem Jahr 294 l. 11 C. de pign. a. 4, 24. Hat der Schuldner gezahlt, reſcribirt der Kaiſer, ſo kann er das für die Schuld geſtellte Pfand zurückfordern und zwar mit der hiefür beſtimmten actio pigneratitia. Umgekehrt fährt er fort nec creditor citra conventionem vel praesidialem jussionem debiti causa res debitoris arbitrio suo auferre potest.

Diocletian kann hier an einen Vertrag des Gläubigers über eigenmächtige Beſitzergreifung gedacht haben. Möglich wäre aber auch, daß er nur ſagen wollte, „der Creditor kann nicht ohne Klage (conventio in dieſem Sinne) oder vielmehr richterliche Entſcheidung das Pfand in Beſitz nehmen“ [7]). Nach dieſer Auslegung wäre der Parallelismus mit dem Vorderſatz vollſtändiger [8]).

§ 135. Fortſetzung. Pactum de ingrediendo. Entwicklung zu einem eignen Rechtsmittel.

Aus der Beſtimmung der l. 3 C. de pignoribus entwickelte ſich ſeit dem Mittelalter ein eignes Rechtsmittel. Die Jurisprudenz nahm an, daß der Gläubiger, welcher ſich durch Vertrag die eigenmächtige Beſitzergreifung des Pfandes vorbehalten hatte, im Fall einer ſolchen Occupation nicht bloß ſtraflos ſei, daß er vielmehr die Rechtsbefugniß habe, ſich der Sache auf dem Weg der Selbſthülfe zu bemächtigen und

6) Und zwar die gewöhnliche Pfandklage; ein eignes interdictum für diesen Fall, nimmt, wie uns ſcheint, ohne zureichenden Grund an Rudorff in Zeitſchrift f. g. Rechtsw. Bd. 13 S. 204. Bangerow § 390 Anm. 2).

7) vgl. Puchta Pand. § 214 not. g.

8) Seit dem Einbrechen der germaniſchen Nationen wurden die Anſchauungen über gewaltthätige Selbſthülfe und Eigenmacht, wie ſie ſich unter der Herrſchaft einer centraliſirenden Monarchie und unter dem Einfluß einer hochgeſteigerten Cultur gebildet hatten, allmählig wieder verändert. Davon giebt unter Andern eine Verordnung von Theodorich, deren Concipient Caſſiodor war, Zeugniß. Es wird hier Selbſtpfändung verboten, eigenmächtige Wegnahme verhypothecirter Gegenſtände aber geſtattet. Vgl. Cassiodorus variae lib. IV. epist. 10 nec liceat cuiquam sua sponte nisi obligatum forsitan pignus auferre. Es ſcheint nicht richtig, hierin den Gedanken des reinen römiſchen Rechts zu ſehen.

Digitized by Google

daß ihm der Schuldner weichen müſſe. Sie ſchuf außerdem ein Verfahren, wodurch der Gläubiger auf Grund eines ſolchen Vertrags, wenn er die Selbſthülfe verſchmähte, in ſummariſcher Weiſe in den Beſitz geſetzt wurde.

Dieſe Neubildung entſtand, wie uns ſcheint, unter dem Einfluß germaniſcher Rechtsanſchauungen, insbeſondere des Pfändungsrechts [1]). Es war ein uralter germaniſcher Rechtsſatz, daß der Gläubiger ſeinen Schuldner, welcher auf Anfordern nicht zahlte, ſelbſt pfändete. In den longobardiſchen Geſetzen war dies Recht, wenn auch unter genau beſtimmten Vorausſetzungen, anerkannt [2]). Die folgenden Zeiten waren — mit Ausnahme der Regierungszeit Karls des Großen — nicht geeignet demſelben entgegenzutreten, es wurzelte vielmehr nur feſter im Rechtsbewußtſein ein. Die Gloſſatoren glaubten daher leicht das herkömmliche Pfändungsrecht in der l. 3 C. de pignoribus 8, 14 für den Fall ſeines Vorbehalts durch Vertrag ſanctionirt zu finden. Nur darüber ſtritten ſie, ob auch dann der Eintritt vollzogen werden dürfe, wenn der Schuldner ſich thatſächlich, insbeſondere mit Waffen, widerſetzte oder ob hier die Intervention des Gerichts nothwendig ſei. Viele angeſehene Juriſten, wie Bulgarus, Martinus, Rogerius entſchieden ſich auch hiefür, während Andere, wie Hugo und Azo in der Occupation durch Uebermacht der Waffen Gewalt ſahen [3]), eine Anſicht, der ſich die Späteren, beſonders auf Autorität des Bartolus [4]) hin, anſchloſſen [5]). Zudem ſchien zweifelhaft, ob das pactum auch gegen dritte Beſitzer wirke — was im Sinne des römiſchen Rechts zu verneinen war. Bartolus beantwortete die Frage durch Zulaſſung der Selbſtvollſtreckung, falls der Beſitzer notoriſch Succeſſor des Vertragsſchließenden war; viel weiter ging man — hierin dem reinen römiſchen Recht folgend — wenn der Debitor nur precario beſaß; hier nahm man an,

1) Wilda das Pfändungsrecht der Germanen Ztſchrft. für deutſches Recht Bd. 1. beſ. S. 190 ff. Planck Recenſion von Briegleb in Schneider Krit. Jahrb. Bd. 17 S. 434.

2) edictum regis Rotharis cap. 245 flgnde. L. Luitprandi cap. 41. cap. 15. Wilda l. c. Oſenbrüggen Strafrecht der Longobarden S. 142 ff.

3) dissens. dominorum ed. Haenel. § 100. — glossa Accursiana ad h. l. —

4) Bartolus ad h. l. vol. VIII. p. 117 ff. n. 18.

5) Uebrigens forderte man ſpäter (insbeſondere Bartolus), daß nicht nur das Eintreten bewilligt ſei, ſondern auch das Behalten des Beſitzes. Es mußte alſo ein pactum de ingrediendo und de retinendo sua auctoritate geſchloſſen ſein.

Digitized by Google

der Gläubiger könne ſich auch gegen Dritte wenden, da er ſich durch deren Verdrängung nur im Beſitz vertheidige[6]).

Wenn man den Gläubiger für berechtigt erklärte, ſich auf dem ſummariſchſten aller Wege in den Beſitz zu ſetzen, ſo konnte man, falls er vorzog ſich an's Gericht zu wenden, ihn nicht leicht auf den ſchleppenden Gang des ordentlichen Prozeſſes verweiſen. Die innere Nothwendigkeit der Sache führte zur ſummariſchen Procedur. In dieſem Sinn führte Bartolus aus: debet procedi summarie, sicut cum fit executio rei judicatae: ut l. a divo Pio § si super rebus D. de re jud. 42, 1 . . . et quod hoc sit verum probo, quia illud jus exequendi ex conventione et judicis auctoritate aequiparantur l. 11 C. de pign. a. 4, 24. Alles dies jedoch nur: si de tali conventione de ingrediendo apparet publicum instrumentum:[7]) ex cujus inspectione judici deducitur ad notitiam: sed si de tali conventione apparet per testes, tunc debet dari libellus et lis contestari, quia aliter non possunt recipi testes.

An dieſe Erörterung von Bartolus haben ſich die ſpätern Commentatoren angeſchloſſen, und indem ſie dieſelbe im Ganzen billigten, im Einzelnen erweitert und über ſie controvertirt[8]).

In Deutſchland waren die Schickſale des Rechts der Pfändung wegen Schuld höchſt wechſelnde. Energiſche Kaiſer traten ihr, die mancherlei Gewaltthat und Frevel im Gefolge hatte, entgegen. Karl der Große verbot die Pfändung den Sachſen[9]), Kaiſer Friedrich II. ſtrafte den eigenmächtig Pfändenden wie einen Räuber[10]). Aber der deutſchen Volksanſchauung von der Berechtigung der Selbſtvollſtreckung und der Praxis, die wohl durch jene Reichsgeſetze nie vollkommen unterdrückt war, erſtand ein Bundesgenoſſe in der romaniſtiſchen Wiſſenſchaft. Las man doch in der accurſiſchen Gloſſa, daß der Creditor ein Recht zu pfänden habe, wenn er ſich daſſelbe ausdrücklich bedungen hatte.

Daher beſtimmte denn Kaiſer Albrechts Landfrieden am Rhein vom Jahr 1301 . . es ſoll nieman den andern pfenden ahne geriehte; heit

---

6) Bartolus ad l. 3 C. de pignoribus vol. VIII p. 117 n. 6. n 22.

7) Das Inſtitut erhält durch das Erforderniß einen gewiſſen Parallelismus mit den garantiguirten Urkunden.

8) Negusantius de pignoribus p. IV. m. 1 n. 9 ff.

9) capit. de part. Saxoniae a. 785 cap. 25.

10) Friderici II. const. pacis a. 1235 c. 10.

Digitized by Google

sich aber ieman verbunden mit sinen brieven, daz man in pfenden sule ane gerihte, den sol man pfenden an sine eigene, an sine lehnen, an sine pfande [11]).

Indessen erschien gerade wieder die Beschränkung des Pfändungsrechts auf Schuldverschreibungen mit der sogenannten Pfändungsclausel den Deutschen fremdartig und unpopulär. Warum sollte der Creditor nicht ebensogut pfänden können, wenn die Schuld auf andere Weise feststand? Aus diesem Sinn heraus hat der Landfriede von 1389 gestattet zu pfänden, wenn „jemand kuntlich, redelich, müglich, unläugbar schult schuldig" wäre. Dies haben dann die Gesetze des funfzehnten Jahrhunderts häufig bestätigt, bis man zu Ende desselben wieder zum Standpunkt der romanistischen Jurisprudenz zurückgedrängt wurde. Es bestimmte nämlich der Landfriede von 1495 § 9, daß dieser Landfried niemand an seinen Verschreibungen nichts abbrechen oder zugeben solle.

Seitdem wurde dann die Theorie der Italiäner allgemein in Deutschland recipirt. Die l. 3 C. de pignoribus wie sie die Glossatoren und Bartolus aufgefaßt hatten, wurde die entscheidende Norm. Man gestattete dem Creditor eigenmächtige, wenn auch nicht gewaltthätige Besitzergreifung im Fall einer Pfändungsclausel. Wer aber diesen Weg nicht einschlagen wollte oder wegen der Opposition des Gegners nicht konnte, der wurde, falls er seinen Anspruch durch eine öffentliche Urkunde erweisen konnte, durch ein mandatum sine clausula auf summarischstem Weg vom Richter in Besitz gesetzt. Diese Praxis wurde bestätigt, Zweifel wurden hinweggeräumt, durch den Deputationsabschied von Speier von 1600 § 31 und flgnde.

So war durch Praxis und Gesetz ein neues Rechtsmittel ex lege 3 C. de pignoribus geschaffen [12]). Voraussetzung ist eine öffentliche Originalurkunde, gemäß welcher der Schuldner dem Gläubiger Selbstpfändung gestattet hat [13]). Implorant ist der Gläubiger und sein Erbe, wohl auch der durch öffentliche Urkunde legitimirte Cessionar, Implorat der Schuldner und sein Erbe; sowie notorische Singularsuccessoren desselben. Der Beklagte wird nur mit unmittelbar liquiden Einwendungen

11) Aehnlich andere Gesetze bei Wilda S. 199 Anm. 72.
12) Bayer summar. Prozeß 6. Auflage § 8 Anm. 4 und 16.
13) Eine Formel einer solchen Verschreibung Cramer obs. I. obs. 118.

Digitized by Google

gehört, ſei es, daß er ſofort nachweiſen kann, daß die Urkunde gefälſcht ſei, oder daß die Schuld getilgt ſei oder nicht beſtanden habe. —

Die Praxis iſt vielfach wieder weiter gegangen und hat den Mandatsprozeß in allen Fällen, in denen die Pfandanſprüche durch öffentliche Urkunden liquid ſchienen zugelaſſen, wodurch die Pfändungsclauſel ihre beſondere Bedeutung verlor [14]).

§ 136. Recht der Perclusion [1]).

Der Vermiether, welchem die Illaten ſeines Miethers verpfändet waren, galt in Rom als berechtigt, deren Wegſchaffung zu verbieten und ſelbſt oder durch ſeine Leute deren Entfernung zu hindern.

Eine ſolche Perclusion giebt dem Vermiether den juriſtiſchen Beſitz der eingeſchloſſenen Mobilien noch nicht. Der Debitor iſt am Beſitz und am Gebrauch innerhalb der Behauſung nicht gehindert. Verſucht aber der Schuldner die Wegſchaffung, ſo begeht der Retinent keine ſtrafbare Gewalt, wenn er ſich dieſem Beginnen ſelbſt mit Anwendung phyſiſcher Zwangsmittel widerſetzt [2]). Ja der Miether ſetzt ſich der Anklage wegen unerlaubter Gewalt aus, wenn er die Wachen zu überwältigen ſucht. Heimliches Fortbringen aber qualificirt ſich zu einem furtum possessionis [3]).

Damit der Vermiether die Perclusion gültig vornehme, iſt keineswegs gefordert, daß er Schuldanſprüche gegen den Miether darthue; vielmehr genügt es, damit ſein Verbot zunächſt bindende Kraft habe, daß einige äußerlich leicht feſtzuſtellende Thatſachen vorhanden ſeien, welche eine vorläufige Arreſtirung rechtfertigen können. Kann aber der Miether ſeinerſeits nachweiſen, daß das Verbot materiell trotzdem nicht gerechtfertigt ſei, ſo hat er die Vermittlung der Obrigkeit zur Aufhebung der Perclusion nachzuſuchen. Zu dieſem Zweck dient namentlich das interdictum de migrando. Dieſes Interdict hat da ſeine Anwendung, wo die formellen Requiſite der Arreſtirung vorhanden waren, materiell aber kein Recht des Vermiethers exiſtirte. Hätte die Perclu-

---

14) Wernher III. p. 4 obs. 24 Kind. quaest. for. ed. 2 III. c. 12. Gönner Abh. Th. 4 S. 481. Martin Civilpr. § 245.

1) Schwarze und Heyne Abh. S. 128 ff. cfr. Bd. I. S. 296 S. 304 S. 310

2) Zirkler Reviſion Bd. 2 S. 177 nennt den Zuſtand „in Belagerungszuſtand verſetzen."

3) arg. l. 9 D. in quibus caussis 20, 2.

Digitized by Google

sion hingegen nicht einmal formell Bestand, so hätte das Interdict keine Anwendung.

Es zerfällt nach dem Ausgeführten die Theorie der Perclusion in zwei Abschnitte; von denen der eine ihre Erfordernisse, der andere die Voraussetzungen ihrer Aufhebung darstellt.

I. Voraussetzungen einer zu Recht beständigen Perclusion sind:

a) Vermiethung einer Wohnung. Die Quellen beschränken sich indessen nicht auf diesen Normalfall. Auch beim Commodat einer Wohnung ist die Perclusion formell beständig. Es ergiebt sich dies daraus, daß ein interdictum de migrando zu ihrer Aufhebung als nöthig erklärt wird.

> l. 1 § 3 D. de migrando 43, 32 si tamen gratuitam quis habitationem habeat, hoc interdictum utile ei competet.

Aber auch beim Pacht ist diese Retention möglich, wie dies unseres Erachtens in der l. 5 C. in quibus causis 8, 15 von Diocletian angedeutet ist.

> Si non inducta et illata in fundum, quae pignoris teneri causa placuerat, mancipia fuissent, nec haec specialiter obligata monstrentur: rector provinciae ea restitui jubebit: nec enim praetextu debiti pensionum restitutionem eorum morari potest: cum si quid sibi deberi domina fundi ex pensionibus . . . probare possit, hujus solutionem sollemniter fieri conveniat.

Das Rescript gebietet sofortige Restitution der Sklaven, welche die Verpachterin zurückhielt, unter der Voraussetzung, daß dieselben *nicht zu den ihr verpfändeten Illaten* gehörten, oder daß sie sonst speciell verhypothecirt waren. Für den entgegengesetzten Fall billigt also das Rescript die Rückhaltung [4]). Zudem fehlt es an innern Gründen unsere Retention dem Hauseigenthümer zu gestatten, dem Verpachter eines Grundstücks zu verweigern. Ein Gegenargument, das man daraus entnommen hat, daß dem Pachter das interdictum de migrando versagt wird, findet später seine Erledigung. Analog halten wir die Retention auch im Fall eines Kaufs der Ernte auf dem Stock für zulässig, falls sofortige Zahlung des Kaufpreises oder wenigstens eines Theils bedungen war und dem Grundherrn das zur Gewinnung der Ernte Inferirte verpfändet wurde.

---

4) vgl. Bd. I. S. 310.

Digitized by Google

b) Es iſt weiter vorausgeſetzt, daß die Illaten oder wenigſtens die Species der Illaten, zu welchen die retinirten Sachen zu zählen ſind, einem Pfandrecht, ſei es nun ein vertragsmäßiges oder ein vom Geſetz präſumirtes, unterworfen wurden. Ob das Retinirte in concreto realiter verpfändet iſt oder ob gerade die percludirten Objecte etwa, weil ſie dem Miether nicht gehörten, vom Pfandrecht frei ſind, iſt für die Kraft der Perclusion zunächſt gleichgültig [5]). In der Behauſung oder auf dem Pachtgut Erzeugtes und dem Gläubiger Verpfändetes ſteht den Illaten gleich. Exiſtirt hingegen überhaupt keinerlei Pfandbewilligung, dann iſt die Retention unſtatthaft. Der Miether kann ſeine Mobilien ausführen und ſich ungeſtraft in der freien Ausübung ſeines Beſitzes vertheidigen. Der Retinent aber, der ihn zu verhindern ſucht, begeht eine ſtrafbare Eigenmacht und kann wegen Gewalt aber auch wegen Injurie belangt werden [6]).

c) Es ergiebt ſich aus der Natur der Sache, daß der Retinent noch außerdem behaupten muß, daß ihm etwas aus dem Miethcontract geſchuldet werde. Ob dies in der That der Fall iſt oder ob der Miether Alles bis auf den letzten Pfennig entrichtet hat, iſt vorerſt für die Gültigkeit der Arreſtirung irrelevant. Der Miether muß ſich derſelben fügen, obgleich er nichts ſchuldet. Noch weniger kommt es darauf an, ob die künftige Realiſirung der Forderung des Vermiethers wirklich gefährdet iſt oder ob der Miether in jeder Hinſicht ſicher und zuverläſſig iſt.

II. Iſt die Perclusion formell gültig, glaubt aber der Miether, daß er durch dieſelbe materiell verletzt werde, ſo hat er ſich an die Obrigkeit zu wenden und von ihr Aufhebung des Arreſts zu verlangen. Es geſchieht dies namentlich in folgenden zwei Fällen:

a) Wenn der Miether nachweiſt, daß die retinirte Sache nicht zu denen gehörte, die er verpfänden zu wollen erklärte; wenn er zeigt, daß er ſie nicht zu dauernder Benutzung eingebracht, ſondern bloß eines

---

5) l. 2 D. de migrando 43, 32 hoc interdictum inquilino etiam de his rebus, quae ipsius non sunt sed forte commodatae ei vel locatae vel apud eum depositae sunt, utile esse non dubitatur.

6) l. 1 § 5 D. de migrando 43, 32. (1) Illud notandum est praetorem hic non exegisse, ut in bonis fuerit conductoris, nec ut esset pignori res illata, sed si pignoris nomine inducta sit. Proinde et si aliena sint et sint talia, quae pignoris nomine teneri non potuerint pignoris tamen nomine introducta sint, interdicto hoc locus erit: (2) quod si nec pignoris nomine inducta sint, nec retineri poterunt a locatore.

Digitized by Google

vorübergehenden Zwecks halber temporär eingeſtellt hatte [7]); deßgleichen wenn er darthut, daß die Sache ihm bloß geliehen vermiethet, bei ihm deponirt wurde.

b) Ebenſo wird die Perclusion aufgehoben, wenn die Tilgung der Forderungen des Vermiethers aus dem Miethcontract nachgewieſen werden kann. Zweifelhaft können jedoch zwei Punkte ſcheinen. Es fragt ſich, ob es zur Aufhebung der Retention genügt, wenn der Miether nachwies, daß er den ausbedungenen Miethzins vollſtändig zahlte [8]), oder ob der Vermiether die Fortdauer der Perclusion fordern kann, bis ihm nachweislich die Forderungen, die er wegen angeblichen Schäden hat, bezahlt ſind. Die letztere Auffaſſung iſt die der römiſchen Jurisprudenz; denn es wird, wie wir ſahen, beim Commodat die Perclusion für zuläſſig erachtet, obgleich hier nur Anſprüche wegen Deterioration entſtehen können. — Ebenſo könnte man zweifeln, ob die Perclusion wegfallen müſſe, wenn der Miether Zahlung der rückſtändigen Miethtermine nachweiſen kann, oder ob die Perclusion auch wegen künftig erſt fälliger Miethzinsraten exercirt werden darf, wenn ſich der Miether auf beſtimmte Zeit gebunden hat. Die römiſchen Juriſten entſchieden ſich auch hier für die, dem Vermiether günſtigere Anſicht. Dieſer hat die Wegbringung verpfändeter Illaten nur zu geſtatten, wenn der Miether allen ſeinen Verpflichtungen aus dem Miethcontract bereits Genüge geleiſtet hat und die Illaten vollſtändig auch wegen des künftigen Zinſes liberirt ſind [9]). Anders verhält es ſich natürlich, wenn die von einem Pachtgut gezogenen Früchte wegen des Pachtzinſes retinirt werden. Hier iſt als ſtillſchweigend convenirt zu betrachten, daß der jährliche Ertrag nach Zahlung des fälligen Zinſes ausgeführt und verkauft werden darf.

Das Rechtsmittel, welches dem Miether zur Aufhebung der Perclusion durch den claſſiſchen Prozeß in Ausſicht geſtellt wurde, war das

7) Bd. I. S. 301.

8) So Schwarze und Heyne l. c. S. 148. l. 1 § 3 D. h. t. cit.

9) l. 1 cit. § 4. Si pensio nondum debeatur, ait Labeo interdictum hoc cessare, nisi paratus sit, eam pensionem solvere. Proinde si semestrem solvit, semestris debeatur inutiliter interdicet nisi solverit et sequentis semestris ita tamen si conventio specialis facta est in conductione domus ut non liceat ante finitum annum vel certum tempus migrare. Idem est et si quis in plurimos annos conduxerit et nondum praeterierit tempus; nam quum in universam conductionem pignora sunt obligata consequens erit dicere interdicto locum non fore, nisi liberata fuerint.

Digitized by Google

interdictum de migrando. Daſſelbe charakteriſirte ſich proceſſualiſch durch ſeine prohibitoriſche Faſſung, indem es in einem Verbot an den Vermiether beſtand, falls die Schuld getilgt war oder falls die retinirte Sache nicht zu den verpfändeten gehörte, den Miether weiter zu behelligen [10]). Der Miether mußte, nachdem er ſich das Interdict hatte ertheilen laſſen, wenn er das Verfahren weiter betreiben wollte, den factiſchen Verſuch machen, den Bann zu brechen. Widerſetzte ſich der Vermiether, ſo hatte er dem Miether eine Strafe zu verſprechen, für den Fall, daß er mit Unrecht den Miether gehindert hatte. Um dieſe Strafe wurde dann prozeſſirt, gleiche Strafe verſprach der Miether für den Fall, daß er den Gegner mit Unrecht des Ungehorſams gegen den prätoriſchen Befehl beſchuldigte. So war die Durchführung des Interdicts für beide Theile gefährlich. Da aber nicht ſelten ernſtlicher Zweifel über die Frage, ob die Schuld völlig getilgt ſei, entſtehen konnte, weil etwa ein Mißverſtändniß über die Höhe der Miethſumme oder Streit über Exiſtenz und Höhe von Schadensanſprüchen obwaltete, ſo erſchien den Partheien ein anderer Weg vortheilhafter. Sie baten den Prätor, ſtatt das Interdict zu ertheilen, ſelbſt zu entſcheiden, ob die Pereluſion begründet ſei und direct das Erforderliche anzuordnen. Der Prätor ging regelmäßig auf dieſen mildern Weg des Verfahrens extra ordinem ein [11]); nur wo die Retention offenbar von Seiten des Vermiethers chicanös war, wurde wohl noch das ſtrengere Interdictsverfahren angeordnet [12]).

---

10) l. 1 pr. D. h. t. Praetor ait: si is homo, quo de agitur, non est ex his rebus, de quibus inter te et actorem convenit, ut quae in eam habitationem qua de agitur, introducta, importata, ibi nata factave essent, ea pignori tibi pro mercede ejus habitationis essent sive ex his rebus esset ea merces tibi soluta eove nomine satisfactum est aut per te stat quominus solvatur: ita quominus ei, qui eum pignoris nomine induxit inde abducere liceat, vim fieri veto.

11) l. 1 § 2 D. h. t. Cui rei etiam extra ordinem subveniri potest, ergo infrequens est hoc interdictum.

12) War ein reſtitutoriſches Interdict ertheilt, ſo konnte der Beklagte, um dem Prozeß cum poena zu entgehen, ſofort einen arbiter erbitten, der entſchied, ob die Vorausſetzungen des Interdicts vorlagen. War ein prohibitoriſches Interdict erlaſſen, ſo ging dies nicht an: Gaj. IV. § 141. Hier mußte der Prätor von vornherein, ſtatt das Interdict zu geben, das Verfahren extra ordinem einhalten, wenn nicht cum poena proceſſirt werden ſollte. Anders ſucht die Entſcheidung zu begründen Schneider ſubſidiäre Klagen S. 82 flgnde. Er hält die extraordinaria cognitio für das raſchere Verfahren. Ebenſo Schmidt Interdicte S. 311.

Digitized by Google

Der prohibitoriſche Strafcharakter des Interdicts rechtfertigt auch, warum man es nur dem Miether einer Wohnung wegen ſeiner Effecten gab, keineswegs dem Pachter, der vom Pachtgut ziehen will [13]). Nicht leichthin wollte man das ſtrenge Interdict ausdehnen. Bei den ſtädtiſchen Verhältniſſen war es durch das Bedürfniß einer ſofortigen Erledigung hervorgerufen, hinſichtlich der Pachtverhältniſſe und auf dem Land, wo die Erledigung weniger dringlich iſt, verweigerte man es. Man verwies den Pachter auf die ordentlichen Rechtsmittel, insbeſondere die actio conducti, half auch etwa extra ordinem [14]).

Die Beſtimmungen des römiſchen Rechts über Perclusion ſind principiell noch heutzutage als praktiſch zu betrachten. Doch wird der Vermiether oder Verpachter gemäß dem Geiſt des heutigen Verfahrens und in ſeinem eignen Intereſſe zu berathen ſein, ſobald als möglich ſich an die Obrigkeit zu wenden, damit von ihr ein Verbot des Wegbringens — Arreſt — erlaſſen werde [15]). — Die materiellen Vorausſetzungen ſind die der römiſchen Doctrin; Beſcheinigung einer Gefahr iſt nicht gefordert [16]). —

Zweifelhaft kann die Frage erſcheinen, ob dies Retentionsrecht mit der Miethforderung und dem Pfandrecht an den Illaten cedirbar iſt [17]). Uns ſcheint dies unbedenklich, freilich muß der Cedent dem Ceſſionar erlauben, an ſeiner Statt für die nöthige Bewachung und Aufſicht zu ſorgen. Die Lage des Miethers ändert ſich dann durch dieſen Vorgang nicht im geringſten.

---

13) l. 1 § 1 D. cit: hoc interdictum proponitur inquilino, qui soluta pecunia vult migrare, nam colono non competit.

14) l. 33 l. 34 D. de damno infecto 39, 2. Inquilino non datur damni infecti actio: quia possit ex conducto agere, si dominus eum migrare prohiberet — utique si pro praeterita pensione satis facere paratus fuit, alioquin justa retentio pignoris domino fieri videretur. Sed etsi quasi pignora retinuerit et ea interierint ruina vicinarum aedium: potest dici etiam pigneratitia actione locatorem teneri, si poterat eas res in locum tutiorem transferre.

15) Glück freilich Bd. 18 S. 427 meint, die Retention müſſe durch Vermittlung des Magiſtrats geſchehen, dagegen Schwarze und Heyne S. 118.

16) Römer Frankf. Rechtsſachen Bd. 2 S. 118 flgnde. Auch bei Seuffert Archiv Bd. 10 n. 104.

17) Schwarze und Heyne S. 151.

Digitized by Google

§ 137. Interdictum Salvianum [1]).

Die Compilatoren haben dem Interdictum Salvianum noch einen eigenen Titel vergönnt, damit auch dieſes alte, in den frühern Zeiten viel genannte Rechtsmittel in ihrer Sammlung nicht ganz fehle. Doch müſſen die ſpecifiſchen Eigenthümlichkeiten des Interdicts dem Rechtszuſtand der juſtinianeiſchen Zeit ſehr fremdartig erſchienen ſein. Die Formel des Interdicts wurde nicht aufgenommen, und nur wenige, ſich widerſprechende Beſtimmungen, aus denen ein lebendiges Bild kaum zu gewinnen iſt, fanden ihren Platz in der Compilation.

Erſt das Mittelalter ſuchte ſeinen Bedürfniſſen gemäß auf Grund dieſer trümmerhaften Ueberlieferungen eine neue Rechtsgeſtaltung in's Leben zu rufen. Auf ſeiner Theorie ruht unſerer Anſicht nach das heutige Interdictum Salvianum. Das claſſiſche und ſelbſt das juſtinianeiſche Recht hat daher in dieſer Materie nur noch hiſtoriſches Intereſſe. Indeſſen ſind die neueren Juriſten weit davon entfernt, dies anzuerkennen; dies nöthigt uns, ſelbſt wenn die Sache und ihre Schwierigkeit unſer Intereſſe nicht erregte, auf die Theorie des römiſchen Rechts zurückzugehen. Eine ſorgſame Zuſammenfaſſung aller einzelnen Mittheilungen, aller Anſchauungen, die wir ſonſt von der Entwickelung des Pfandrechts und der Theorie der Interdicte haben, kann uns dem Ziel näher führen; jeden Zweifel zu entfernen, dürfen wir bei der Beſchaffenheit des Materials nicht hoffen [2]).

---

1) Zimmern Linde's Ztſchrft. I. S. 54 ff. Archiv f. c. Pr. Bd. XI. S. 345. Thibaut ebendaſelbſt S. 123 ff. Huſchke Studien I. Abh. 4. Fritz Erleut. S. 538 ff. Rudorff Pfandklagen Ztſchrft. f. geſch. Rechtsw. Bd. 13 S. 209 ff. Bachofen I. S. 107 ff. Keller Recenſion in krit. Jahrb. f. d. Rechtsw. XI. S. 965 ff. Bangerow Pand. I § 390. Unbedeutend ſind die ältern Diſſertationen, auch Forch de Salviano interdicto Bonn 1850 — Bd. I. S. 57 flgnde mußten wir das Interdict bereits berühren, um die hiſtoriſche Entwicklung des Pfandrechts zu zeichnen. Dort war uns der allgemeine Zuſammenhang das Weſentliche, hier wird das Inſtitut um ſeiner ſelbſt willen behandelt. —

2) Die Formel unſeres Interdicts denken wir etwa in folgender Weiſe: Quem hominem Lucius Titius in fundum A^i A^i q d. a. pro mercede ejus fundi pignoris nomine induxit, si ea merces soluta non est neque eo nomine satisfactum est, neque per A. A. stat quominus solvatur, tunc quominus A. A eum hominem de fundo, si is in eo fundo est, aut a te, si dolo malo tuo intra hunc annum de fundo deportatus est, abducat, vim fieri veto. Andere Reſtitutionsverſuche ſiehe bei Huſchke Studien I. S. 398. Rudorff Ztſchrft. f. geſch. Rechtsw Bd. 13 S. 209. Keller Recenſion S. 977.

Digitized by Google

1) Was vor Allem die Form des Interdicts betraf, so war dasselbe prohibitorisch gefaßt [3]), d. h. es gestattete dem Imploranten, das Pfandobject eigenmächtig wegzunehmen und verbot dem Imploraten, sich dieser Wegnahme zu widersetzen.

Gerade durch diese Form gewährte das Interdict dem Gläubiger die größten Vortheile. Meist angesehener und mächtiger, als der Pachter, welcher ihm seine Illaten verpfändet hatte, kam der Gutsherr in der Regel auf Grund unseres Interdicts durch Selbstpfändung zum Ziel, ohne daß sich ein weiteres Prozeßverfahren anschloß. War dies aber nicht der Fall, widersetzte sich der Implorat, obgleich die Voraussetzungen des Interdicts da waren, der Beschlagnahme durch den Gutsherrn, so wurde er zu einer Strafsponsion genöthigt und gerade um diese Strafe wurde zunächst prozessirt [4]). Den chicanösen Pachter, der die Kosten eines ordentlichen Prozesses gewagt und bestritten hätte, mußte die Furcht vor einer solchen Strafe, deren Betrag der Prätor wohl je

3) Für diese Ansicht, die zuerst Rudorff Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 13 S. 210 aufgestellt hat, sprechen folgende Gründe. Die römischen Juristen bezeichnen als Ziel und Zweck des Interdicts ein apprehendere l. 1 pr. D. h. t. Eius apprehendendi gratia utile interdictum reddi oportet. Ebenso l. 1 § 1 D. eod. Diese Ausdrücke rechtfertigen sich nicht schon dadurch, daß das Interdict adipiscendae possessionis war, sondern nur aus dessen Form; es erhellt dies deutlich aus dem Interdictum quod legatorum, welches gleichfalls adipiscendae possessionis war, bei dem aber wegen seiner restitutorischen Form durchaus von einem restituere geredet wird. l. 1 § 2 D. quod legatorum 43, 3. l. 1 § 7 § 8 § 9 D. eod. Nehmen wir an und hierauf führt uns die historische Entwickelung (Bd. I. S. 57) und selbst die Ordnung der Interdicte, daß sich das Salvianum an das i. utrubi anlehnte, so erhalten wir ein weiteres Argument für die vertheidigte Fassung. Auch das Interdictum utrubi hatte die prohibitorische Form. Daß auch andere interdicta adipiscendae possessionis prohibitorisch gefaßt waren, ergiebt sich aus l. 2 § 3 D. de interdictis 43, 1. Sunt autem interdicta adipiscendae possessionis quorum bonorum, Salvianum quoque interdictum, quod est de pignoribus, ex hoc genere est et quo itinere venditor usus est, quominus emtor utatur vim fieri veto. Die Vermuthung liegt nahe, daß hier Paulus zwei Klassen der Interdicta adipiscendae possessionis an einander reiht, zuerst die mit restitutorischer Form, dann indem er von „Salvianum quoque" an einen neuen Anlauf nimmt, die mit prohibitorischer Fassung. Zu vergleichen ist noch zu dem Allen die l. 52 D. de acquirenda vel omittenda possessione 41, 2

4) Gaj. IV. 141. Schmidt Interdictenverfahren S. 236. Umgekehrt mußte freilich der Implorant eine gleiche Strafe versprechen für den Fall, daß er im Unrecht war, also dem Gegner ohne Grund Ungehorsam gegen den prätorischen Befehl vorgeworfen hatte.

Digitized by Google

nach dem Character des Falls höher oder niedriger normirte, auf's Wirkſamſte von jeder Fruſtration abſchrecken.

2) Gehen wir über zu den materiellen Vorausſetzungen des Interdicts, ſo iſt vor Allem daran zu erinnern, daß es adipiscendae possessionis war [5]). Daher konnte es nur dem Gläubiger dienen, welcher einen Beſitz zu erlangen ſuchte, den er noch nicht gehabt hatte, es war dem unbrauchbar, welcher im Beſitz geweſen war und dieſen verlor. Dieſe Eigenſchaft iſt nicht ohne Bedeutung für die richtige Würdigung des Interdicts. Des Weiteren iſt aber gefordert:

a) Es muß ſich um Mobilien handeln, welche der Pachter dem Verpachter verpfändete, und die er auf deſſen Grundſtück inferirte [6]). Dagegen kommt es darauf nicht an, ob die inferirten Objecte dem Pachter wirkich zu eigen waren oder einem Dritten gehörten. Die römiſchen Juriſten verlangen ſtets nur ein Einbringen des Pachtinventars pignoris nomine [7]). Hierin liegt gerade ein Gegenſatz gegen das Requiſit des in bonis esse [8]).

b) Sehr zweifelhaft iſt die Frage, ob zur Anſtellung des Interdicts erforderlich war, daß der Pachtzins bereits fällig ſei; nur ein Zeuge

---

5) Gaj IV. § 144 ideo autem adipiscendae possessionis vocatur, quia ei tantum utile est, qui nunc primum conatur adipisci rei possessionem. Itaque si quis adeptus possessionem amiserit, desinit ei id interdictum utile esse.

6) Man könnte zwar nach dem Bericht, den Gajus IV, 147 über das Interdict giebt, glauben, es genüge ein für einen Pachtcontract geſtelltes Pfandrecht, ohne Rückſicht darauf, ob es gerade an Illaten der Pachters conſtituirt ſei. Eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset, cfr. § 3 I. de interdictis 4, 15. Aber Theophilus in ſeiner Paraphraſe der Inſtitutionen hebt mit größerer Genauigkeit hervor, datur domino fundi, si colonus convenit, ut res ab eo in fundum illatae, pro mercede obligatae sint. Daß hier Theophilus aus einer guten Quelle geſchöpft hat, wird aus einer Betrachtung der Pandectenfragmente auf's Evidenteſte beſtätigt. Es erſcheint hier durchaus die Illation als ſelbſtverſtändliche Vorausſetzung des Interdicts. In den wenigen Fragmenten, die uns überliefert ſind, finden ſich in dieſem Betreff folgende Aeußerungen: l. 1 pr. D. h. t. si colonus ancillam in fundo pignoris nomine duxerit. l. 1 § 1 si colonus res in fundum pignoris nomine intulerit § 2 si colonus rem . . pignoris nomine induxerit. l. 2 D. eod. si in fundum communem pignora sunt invecta.

7) vgl. die in Anm. 6 cit. l. 1 und l. 2. D. h. t.

8) l. un. § 5 D. de migrando 43, 32. Illud notandum est praetorem hic non exegisse ut in bonis fuerit conductoris nec ut esset res pignori illata, sed si pignoris nomine inducta sit. Proinde et si aliena sint et sint talia, quae pignori teneri non potuerint, pignoris tamen nomine introducta sint, interdicto huic locus erit.

Digitized by Google

ſpricht ſich über dieſe Frage aus, Theophilus; er fordert die Fälligkeit des Pachtzinſes § 3 J. h. t. de interdictis 4, 15 „verb.“ ἐὰν ἀγνωμονήσῃ nam si cesserit in solvendo. — Da ſich der Bericht des Theophilus in anderer Hinſicht als quellenmäßig bewährt, ſo werden wir auch auf dieſe Aeußerung Gewicht legen. Indeſſen hat man gegen dies Requiſit angeführt, daß das Interdictum dem Verpachter nur einen geringen Vortheil gewährt hätte, wenn er erſt nach dem Fälligwerden des Pachtzinſes die Illaten des Pachters mit Beſchlag belegen kann, da dieſe ja leicht vorher von dem treuloſen Pachter weggebracht werden konnten, dem Verpachter alſo unter ſolcher Unterſtellung nicht ſelten das leere Nachſehen bliebe[9]). Dies iſt zuzugeſtehen, auf der andern Seite aber auch klar, daß es ein unerträglicher Rechtszuſtand wäre, wenn der Gutsherr dem Pachter vor Fälligwerden des Zinſes ſeine Inventarſtücke hätte abführen können, ſo daß dieſem die Beſtellung des Pachtguts unmöglich geworden wäre. Um deßwillen empfiehlt ſich die Annahme, daß die vorgängige Anſtellung des Salvianum in der Regel unzuläſſig war, daß man es dem Gläubiger nur dann vor dem Fälligwerden gewährte, wenn er ernſtlich bedroht war und ihn im Uebrigen auf das Recht der Perclusion verwies[10]).

3) Bekanntlich iſt es eine der vielbeſprochenſten Streitfragen, ob nur der Pachter oder ob auch dritte Beſitzer mit unſerm Interdict belangt werden können. Folgende Gründe entſcheiden dafür, daß das Interdict auch gegen dritte Perſonen möglich war.

a) Vor Allem hat eine große Bedeutung der Ausſpruch Julians in l. 1 pr. D. h. t. Si colonus ancillam in fundo pignoris nomine induxerit et eam vendiderit, quod apud emtorem ex ea natum est, ejus apprehendendi gratia utile interdictum reddi oportet.

Alle Verſuche, die Beweiskraft dieſer Stelle zu entkräften, ſind mißlungen. Man hat eingewendet, das Interdict finde zwar wegen des beim Käufer geborenen Sclavenkindes ſtatt, allein der Verklagte ſei nicht dieſer, ſondern der Verpfänder und zwar um deßwillen, weil er dolo desiit possidere[11]). Aber könnte man, wenn das Rechts-

9) Rudorff l. c. S. 217. Bachofen Pfandrecht S. 13. Dagegen Keller Recenſion l. c.

10) Daß ſich die l. 14 D. de pign. 20, 1 ausſchließlich auf's Salvianum bezieht, iſt, wie wir früher ausführten, (oben S. 298) unerweislich.

11) Puchta Inſtitutionen § 251 not. d.

Digitized by Google

mittel gegen einen dolosen Nichtbesitzer gerichtet worden wäre, noch sagen, es sei apprehendendi partus gratia gegeben! Nicht haltbarer ist die Annahme, es sei der Pachter nach der Unterstellung Julian's Besitzer des Sclavenkindes während der Klaganstellung gewesen, etwa weil ihm die verkaufte Sclavin mit ihrer causa redhibirt wurde [12]. Diese Voraussetzung deutet Julian in keiner Weise an.

b) In l. 1 § 1 cit. giebt Julian die Entscheidung: Wenn ein Pachter Illaten in ein zwei Miteigenthümern gehöriges Grundstück einbrachte und zwar in der Meinung, daß sie jenen in solidum verpfändet seien, dann könnten jene Miteigenthümer nicht unter sich klagen, während sie adversus extraneum Salviano interdicto recte experientur; seien aber die Illaten den Miteigenthümern nur je zu einem Theil verpfändet, dann stände ihnen eine utilis actio zu et adversus extraneos et inter ipsos. Nur mit der höchsten Willkür läßt sich dies Zeugniß entfernen. Denn was ist es Anders, wenn man gegen dasselbe bemerkt, adversus extraneum heiße hier gegen einen Andern, als den Eigenthümer, es sei also wohl geradezu der Pachter mit diesem Ausdruck gemeint [13], und wie soll sich nach der Gegenansicht die Klage der Miteigenthümer gegen einander erklären.

c) Hierzu kommt noch das Zeugniß des Theophilus, welches hier ganz besonders bestimmt lautet, so daß es schwer zu glauben ist, daß er rein aus seiner Phantasie schöpfte.

> Adversus quemvis coloni res possidentem dabitur Salvianum interdictum.

d) Nicht unerwähnt darf endlich bleiben, daß auch nach den Basiliken die Klage unzweifelhaft gegen den dritten Besitzer geht [14].

Wenn aber das Salvianum auch gegen Dritte gerichtet werden konnte, so mußten doch seiner Anwendung in dieser Richtung gewisse Schranken entgegenstehen. Folgende Hypothese halten wir für wahrscheinlich, wenn wir sie auch nicht zu einer Evidenz bei unserm dürfti-

---

12) Bachofen Pfandr. S. 145 not. 2. cfr. S. 15 Anm. 14. Thibaut Archiv Bd. 11 S. 131 sieht in der Ausdehnung des Interdicts eine Sonderansicht des Julianus „des Anhängers einer matten Parthei."

13) Glosse ad h. l. Ferner die bei Thibaut Archiv l. c. S. 139 Cit. Puchta Institutionen § 251 not. d. Bachofen Pfandr. S. 16. Faber l. c. liest singuli adversus extraneum Serviana, non interdicto recte experientur. de Water ebd. l. c. 14 liest Serviana, judicio.

14) Basil. lib. LX. tit. 17 cap. 28.

Digitized by Google

gen Quellenmaterial bringen können. Das Interdict konnte, solange sich das Pfandobject auf dem Pachtgut befand, ohne daß eine Verjährung eintrat, gegenüber dem Pachter, wie Dritten, erhoben werden. Dagegen war das Interdict, wenn die Sache vom Pachtgut bereits entfernt war, an eine Verjährungsfrist von einem Jahr gebunden und konnte vielleicht auch innerhalb dieses Jahres nur gegen den gerichtet werden, der an der Wegschaffung Theil hatte, obgleich er das Pfandverhältniß kannte [15]).

Die Gründe gegen eine schrankenlose Anwendbarkeit des Interdicts Dritten gegenüber liegen in Folgendem. Das Interdict setzt nicht ein wirkliches dingliches Recht am Pfandobject voraus, sondern, wie wir nachwiesen, nur ein pignoris nomine inferre, also nur einen Pfandcontract über die Illaten mit dem Pachter, mag er nun Eigenthümer sein oder nicht. Daß ein dinglich Berechtigter späteren Erwerbern obsiegt, läßt sich erklären; allen Principien des römischen Rechts und gesunder juristischer Logik widerspräche es aber, wenn der, welchem durch einen Nichteigenthümer verpfändet wurde, die angeblich verpfändete Sache ohne weiteres, durch das Salvianum jedem spätern Erwerber — auch dem bonae fidei possessor — entreißen könnte. Zu einem ähnlichen Resultat führt die Betrachtung der Form des Interdicts. Der Gutsherr durfte in Folge der prohibitorischen Fassung das verpfändete Object apprehendiren, widersetzte sich der Implorat, so verfiel er in Strafe. Dies war einem Besitzer gegenüber erträglich, der das Verhältniß kennend die Sache vom Pachtgut weggeführt hatte; einem redlichen Besitzer gegenüber etwa nach einer Reihe von Jahren solche Wegnahme zu gestatten und die Widersetzlichkeit mit Strafe zu bedrohen, wäre unvernünftig und exorbitant gewesen. Dazu kommt die historische Stellung des Interdicts wie wir sie früher zeichneten [16]). Der Grundeigenthümer, dem die Illaten nur durch Vertrag verpfändet waren, sollte einen ähnlichen Schutz erhalten, wie ein Faustpfandgläubiger. Die-

15) Wir haben oben Bd. I. S. 59 noch weiter angenommen, daß das Interdict gegenüber dem dritten Besitzer, der dasselbe beim Erwerb nicht gekannt hat, den Sieg verschaffte, wenn derselbe kürzere Zeit besaß als die Pfandsachen auf dem Pachtgut. Wir haben uns hierbei von der Analogie des interdictum utrubi leiten lassen. Unbedingt halten wir nur daran fest, daß das l. Salvianum nicht weiter führen kann als das interdictum utrubi; ob es aber auch gegenüber dem bona fide Erwerbenden, soweit wie dieses führte, ist hiermit nicht bewiesen. Wir lassen diese Seite unserer Hypothese dahingestellt.

16) oben Bd. I. S. 57 ff.

Digitized by Google

ſer hätte im Fall des Beſitzverluſtes nur das interdictum utrubi, welches ihm längſtens im erſten Jahr zuſtand; ſchwerlich wollte man den bloßen Vertragspfandgläubiger urſprünglich beſſer ſtellen. Weßhalb wäre auch die actio Serviana Bedürfniß geweſen, wenn das interdictum Salvianum gegen Dritte unbedingt gegangen wäre und gleichen Nutzen gehabt hätte?

Die Vermuthung, daß das Salvianum nach der Deportation vom Pachtgut an eine kurze Verjährung gebunden war, wird dadurch unterſtützt, daß die Verjährung überhaupt bei Interdicten nichts Seltnes war, ja die Regel gebildet zu haben ſcheint. Daß es nach der Entfernung vom Pachtgut hauptſächlich gegen den gerichtet wurde, der das Pfandobject dolo malo deportavit, dafür haben wir ein ſpätes aber doch nicht bedeutungsloſes Zeugniß bei einem Scholiaſten der Baſiliken.

> Hagiotheodorus ad Basil. lib. 60. t. 17. c. 28. ὅτι ἐξωτικοῦ τινος ἁρπάσαντος τὸ εἰσαχθὲν περὶ νομῆς μὲν, εἰ βούλεται, τὸ Σαλβιάνειον ἐντέδικτον, περὶ δὲ δεσποτείας τὴν Σερβιανήν . . . (κινεῖ.)

Nimmt man nun die vertheidigte Hypotheſe an, ſo erklärt ſich, wie bereits früher erwähnt wurde, leicht:

> l. 1 C. de precario et Salv. interdicto 8, 9. Gordianus Aristoni. Si te non remittente pignus, debitor tuus ea quae tibi obnoxia sunt venumdedit integrum tibi jus est ea persequi — non interdicto Salviano id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit — sed Serviana actione vel quae ad exemplum ejus instituitur, utili adversus emtorem exercenda a. 239 [17]).

Es iſt zu unterſtellen, daß bereits die dem Salvianum für ihre Anwendung gegen Dritte geſteckte Friſt abgelaufen ſei, ſo daß es höchſtens nur noch dem Pachter gegenüber, der den Pachtzins ſchuldete, wegen Illaten, die er beſaß, angewendet werden konnte [18]). —

---

17) Donellus ad Cod. Tit. 8, 9 l. 1 n. 6 lieſt freilich adversus conductorem debitorisve, womit der gordiſche Knoten zerhauen wäre.

18) Bereits oben Bd I. S. 60 haben wir darauf aufmerkſam gemacht, daß ſich unter der Unterſtellung kurzer Verjährbarkeit die l. 1 C. de precario 8, 9 unſchwer erklärt. Andere Erklärungen ſind wenigſtens nicht befriedigend. Gegen einen Wechſel der Theorie bei einem ſolchen Rechtsmittel zwiſchen Julian und Gordian ſpricht nicht nur überhaupt die Art, wie die Römer ihr Recht entwickelten, ſondern auch die Auseinanderſetzung von Theophilus. Ebenſowenig wird die Schwierigkeit

Digitized by Google

4) Nicht weniger bestritten ist, ob das interdictum Salvianum auf den Verpachter beschränkt blieb oder ob es jedem Hypothekar accommodirt wurde. Eine solche Ausdehnung ist entschieden zu leugnen. Denn das interdictum Salvianum beruhte auf einer ganz besondern factischen Constellation, darauf, daß die verpfändeten Mobilien sich im Herrschaftskreis des Grundeigenthümers befanden, ohne in dessen Besitz zu stehen. Dieses eigenthümliche factische Verhältniß reproducirt sich bei den gewöhnlichen Hypotheken keineswegs. Wenn also die Serviana, die einen allgemeinen Rechtsgedanken in sich schloß, eine Ausdehnung auf die actio quasi Serviana erlitt, so beweist dies für das wesentlich verschiedene interdictum Salvianum nicht das geringste. Daß das Bedürfniß nach summarischen Rechtsmitteln im römischen Recht, bei den dinglichen Klagen weniger stark hervortrat als heutzutage, ist bereits bemerkt und dient unserer Ansicht zu wesentlicher Unterstützung. Erhielt doch der Kläger schon mit der Litiscontestation der actio hypothecaria eine durch Bürgen versicherte cautio judicatum solvi und wurde im Fall der Nichtstellung sofort in den Besitz gewiesen, was sollte er noch des weiteren verlangen? Auch die Zeugnisse der Quellen sprechen nicht für die behauptete Ausdehnung.

a) Gaj. IV. 147 und nach ihm die Institutionen gesteht das Interdict nur dem verpachtenden Grundeigenthümer zu

> eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is . . pignori pepigisset.

Wenn auch Gajus nur die wesentlichen Elemente darstellte, so hätte er doch eine Erweiterung, wodurch das Rechtsmittel eine ganz

---

gelöst durch eine Unterscheidung zwischen i. directum und utile, denn Gordian verweigert das Salvianum schlechthin und in jeder Form. Auch die Hypothese von Zimmern (Archiv Bd. I. S. 55), wonach es sich in dem vorgelegten Rechtsfall, gar nicht von einem Pacht, sondern einem Darlehnscontract gehandelt habe, entbehrt jeder Unterstützung in der Stelle. Am ehesten wäre noch die Erklärung Rudorff's zu billigen Ztschrift. f. gesch. Rechtsw. Bd. 13. S. 223, wonach die Worte te non remittente pignus dahin verstanden werden sollen, daß der Gläubiger zwar in den Verkauf eingewilligt, aber sich sein Pfandrecht vorbehalten hätte, weßhalb das Interdict wegfalle, die hypothecaria aber reservirt sei. Allein die Hauptvoraussetzung der Entscheidung, daß das Pfand mit Einwilligung des Gläubigers vom Pachtgut weggebracht sei, wäre nirgends hervorgehoben und doch hätte sie nach den Worten te non remittente pignus wohl eine Hervorhebung verdient. —

Digitized by Google

andere Stellung im System erhalten hätte, kaum mit Stillschweigen übergehen dürfen.

b) Die Stellen, die in den Pandecten über das interdictum Salvianum aufgenommen sind, sprechen sämmtlich nur vom Pachtverhältniß; ein merkwürdiger Zufall, wenn das Interdict auf alle Hypotheken ausgedehnt worden wäre.

c) Auch Theophilus stellt das Interdict als ein dem Verpachter eines Grundstücks eigenthümliches Rechtsmittel dar.

Für die Ausdehnung hat man vor Allem Folgendes herbeigebracht:

a) In l. 2 § 3 D. de interdictis 43, 1 zählt Paulus die i. adipiscendae possessionis auf und erwähnt auch das interdictum Salvianum „quod est de pignoribus.“ — Höchstens will er hiermit an den Zweck des Salvianum im Allgemeinen erinnern, keineswegs seinen Inhalt beschreiben.

b) Ebensowenig überzeugend ist Paulus sententiae V. 6, 16 de interdictis.

> Omnibus bonis, quae habet habiturus est, obligatis nec concubina nec filius naturalis nec alumnus nec ea quae in usu quotidiano habet, obligantur ideoque nec interdictum redditur.

Ist hiernach anzunehmen, daß auch bei einer Generalhypothek hinsichtlich der nicht ausgenommenen Sachen das Salvianum Platz greife? Ungenügend ist gewiß die Auskunft, daß hier als Subject der Pachter zu ergänzen sei, welcher im Pachtbrief sein ganzes Vermögen verpfändet habe [19]). Die Sache hängt wohl so zusammen: Paulus untersuchte bei der Lehre vom interdictum Salvianum, ob der Pachter, der seine sämmtlichen Illaten verpfände, hiermit auch seinen natürlichen Sohn, seine Concubine und das nothdürftigste Mobiliar inbegreife, so daß derentwegen das Interdict zustehe. Zur Beantwortung erinnert er an die Generalhypothek, bei der jene Gegenstände gleichfalls ausgenommen sind und schließt daraus, daß sie auch bei einer Illation ins Pachtgut nicht verpfändet seien. In dieser Weise erhält die Stelle einen nachdrücklichen und bedeutenden Sinn. Nach der gewöhnlichen Erklärung dagegen würde Paulus — wenig angemessen der Kürze der sententiae entscheiden, jene Gegenstände sind von der Generalhypothek

19) Huschke Studien S. 356.

Digitized by Google

ausgenommen und deßhalb wird derentwegen keine Klage gegeben, womit eben nichts Neues zugefügt würde.

c) Bedenklich ist auch hier die l. 1 C. precario 8, 9, wonach das Salvianum zulässig sein soll, adversus conductorem debitoremve. Allein eine ganz allgemeine unbedingte Ausdehnung kann doch aus dieser Aeußerung allein nicht geschlossen werden. Will man die Worte nicht copulativ nehmen, so ist doch möglich, daß man dem Salvianum noch Anwendung gab in factisch verwandten Fällen, wenn Jemand den unentgeltlichen Gebrauch eines Pachtguts erhielt und wegen etwaiger Deterioration seine Illaten verpfändete, oder beim Verkauf auf dem Stock. Eine Anwendung des Salvianum auf alle Pfandverhältnisse ist durch diese Aeußerung nicht bezeugt und nicht erweisbar.

5) Es versteht sich nach den bisherigen Ausführungen von selbst, daß der angebliche Pfandgläubiger, welcher mit dem interdictum Salvianum unterliegt, gleichwohl noch mit der actio Serviana obsiegen kann, und daß umgekehrt durch den Sieg mit dem Salvianum noch nicht constirt, daß der Obsiegende auch ein wirkliches Pfandrecht habe[20]).

---

20) Hieraus läßt sich allenfalls die l. 2 D. h. t. von Ulpian erklären: „In Salviano interdicto, si in fundum communem duorum pignora sint ab aliquo invecta, possessor vincet et erit eis descendendum ad Salvianum judicium.“ Man unterstellt, die Verpfändung erfolgte an beide Eigenthümer in solidum, der Pachter inferirte Objecte, die Dritten gehörten, z. B. seiner Ehefrau, der Dritte gab nur zur Verpfändung an einen der Eigenthümer des Pachtgutes seine Zustimmung. Hier siegt der besitzende Verpachter im Salvianum, auch wenn er in der That kein Pfandrecht hat, weil die Objecte pignoris nomine inferirt sind, aber dem wirklichen Pfandrecht des andern nicht besitzenden Verpachters wird hierdurch nicht präjudicirt. Rudorff Ztschrft. f. gesch. Rechtsw. S. 241. — Ungekünstelter und ebenso möglich scheint uns indessen die Ansicht, daß Ulpian davon ausgeht, beiden Theilen seien Theilpfandrechte bewilligt worden; nun passe aber das Salvianum seiner Fassung nach nicht zu Gunsten des Theilpfandgläubigers; ein utile interdictum Salvianum wegen solchen Theilpfandrechts, wie es Julian in l. 1 § 1 D. eod. in Aussicht stellt, hänge vom Ermessen des Prätors ab, und werde nicht immer gegeben; es bleibe also als einfachster Ausweg in solchem Fall die Serviana: Cujacius observat. V. 24. Savigny Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft Bd. 6 S. 269. Huschke Studien S. 373. Dagegen Rudorff l. c. S. 243 Anm. 19 und 20. Vangerow l. c. n. 4.

Digitized by Google

§ 138. Juſtinianeiſches Recht. Modernes Recht des Salvianum.

Die Veränderungen des Prozeſſes, welche ſeit Diocletian eintraten, haben auch den bisher geſchilderten Zuſtand in eingreifender Weiſe modificirt. Auf der einen Seite wurde jetzt das claſſiſche Interdictverfahren eine Antiquität. Es fiel die Ausfertigung eines beſondern prätoriſchen Interdicts im ſpeciellen Fall weg, hiermit auch das Strafverfahren, welches in claſſiſcher Zeit derjenige zu leiſten hatte, der ein an ihn erlaſſenes prohibitoriſches Interdict nicht achtete; damit verſchwand ein Hauptvorzug des Salvianum. Andererſeits hielt man den mit der ordentlichen Pfandklage Belangten zur Stellung der cautio judicatum solvi weiter nicht mehr an [1]). Der Creditor verlor alſo auch die hiermit verknüpften directen und indirecten Vortheile der Sicherung des Judicats und der Erſchwerung chicanöſer Prozeſſe; es war dies um ſo gefährlicher, als ſich die Prozeſſe bei einem ſchleppenden Geſchäftsgang ungemeſſen in die Länge zogen. Die Zulaſſung der Realexecution des Reſtitutionsbeſcheides brachte für dies Alles nur unzulänglichen Erſatz. Jetzt entſtand das Bedürfniß nach ſummariſchen Rechtsmitteln.

Einigermaßen vernutzte man hierzu das Salvianum. Mag es auch richtig ſein, daß man in der chriſtlichen Kaiſerzeit nicht alle Interdicte in ſummariſcher und bevorzugter Weiſe behandelte, ſo trat doch entſchieden zur Ausgleichung verlorner prozeſſualiſcher Vortheile, ein ſummariſches Verfahren bei den poſſeſſoriſchen Interdicten ein, welche man als momentum bezeichnete [2]). Zu dieſen gehörte nicht nur das interdictum unde vi, ſondern namentlich auch, wie die Weſtgothen ausdrücklich bezeugen, das interdictum Salvianum [3]). Bei dieſen Rechtsmitteln hatte die Appellation keinen Suſpenſiveffect, eine Zeitlang war ſogar jede Appellation hier ausgeſchloſſen [4]); man hat weiter den Ort

---

1) § 2 J. de satisdat. 4, 11.

2) vgl. hierüber die lehrreichen Ausführungen von Bethmann-Hollweg Gerichtsverfaſſung S. 383 und ff. und von Schmidt Interdicte S. 321 ff.

3) Interpretatio zu Paulus V. 6. § 16: nec momentum si creditor petat, de his rebus accipere potest.

4) l. un. C. Theod. si de momento fuerit provocatum 11, 37, auch in l. un. C. de momentaria possessione 7, 69. cfr. Symmachus epistolae X. 45. In viel beſchränkterem Umfang nimmt die Sache Schmidt l. c. S. 339.

Digitized by Google

der belegnen Sache zur Verhandlung bestimmt [5]) und auch hierdurch dem Bestreben Ausdruck gegeben, dem Kläger ohne Verzug den Besitz zu verschaffen. Es sollten überhaupt diese Rechtsmittel besonders schleunig verhandelt werden [6]), was durch Bevorzugung der Interdictssachen, näheres Aneinanderrücken der Termine, Beschränkung der Beweisfristen und Anderes, worüber der Gerichtsgebrauch nähere Belehrung gab, erzielt wurde [7]). Dazu kamen denn beim Salvianum die materiellen Erleichterungen hinsichtlich des Beweises, indem der Kläger nur die Illation der angesprochenen Objecte als Pfänder, nicht das Eigenthum des Verpfänders beweisen mußte.

Dennoch aber konnte das Salvianum keine nachhaltige Bedeutung für das Pfandrecht gewinnen, weil es immer noch auf das enge Gebiet des Pachtes beschränkt blieb. In dieser niedern Stellung vegetirte es noch fort im griechischen Recht. In den Basiliken (XXV. 2, 36) lesen wir als Analyse der l. 1 C. precario 8, 9. der Verpachter klage die Sachen des Pachters mit dem Salvianum, der Creditor die Pfänder des Schuldners mit der hypothecaria ein.

Anders im Occident, hier bildeten die italiänischen Juristen in durchgreifender Weise das Institut um, wobei man sich wohl an die Texte des römischen Rechts anlehnte, aber dem Bedürfniß der Praxis hauptsächlich folgte.

a) Vor Allem nahm man an — nur so konnte das Salvianum seiner Aufgabe genügen — dies Rechtsmittel finde nicht nur beim Pacht statt, sondern komme jedem Pfandgläubiger zu Gut. Die Glosse spricht sich hierüber noch nicht aus. Bartolus [8]) aber läßt sich in folgender Weise vernehmen:

> Roffr. tenet quod istud interdictum directum detur locatori praedii rustici. potest etiam dari saltem utile locatori praedii urbani et etiam cuilibet creditori . . .

Das wurde sofort gemeine Lehre und Negusantius p. VIII. m. 1 n. 5 trägt die Theorie als allein anerkannte vor. Selbst Cujacius hat sich — so exclusiv romanistisch auch sein Standpunkt ist — ihr an-

---

5) l. un. C. ubi de possessione 3, 16. l. 2 C. de interdictis 8, 1.
6) l. 8. C. unde vi 8, 4. cfr. l. 14 C. de agricolis 11, 47.
7) So Bethmann-Hollweg l. c. S. 397.
8) ad l. 1 D. de Salviano interdicto vol. V. p. 108.

Digitized by Google

geſchloſſen [9]). Auch die deutſche Praxis hielt hieran ſtets feſt; ſelbſt die Juriſten, welche die Ausdehnung im römiſchen Recht nicht für begründet anſahen, erkannten dies an. So Bachov de pign. III. c. 20, 1. Nachdem er die herrſchende Theorie bekämpft hat, fährt er fort:

> supra relata opinio, quam ego ex ratione juris falsam esse non dubito, communis est eamque in foro observari suo.

Und ſo thaten auch Andere, wenn ſie ſich auch vom reinen römiſchen Recht aus eine von der Praxis abweichende Anſicht gebildet hatten [10]). Solche Zügel legte ſich freilich Anton Faber nicht auf. Und je näher wir der neueſten Zeit rücken, deſto beſtimmter tragen die Schriftſteller das reine römiſche Recht wie ſie es erfaßten, als das geltende und heutzutage praktiſche vor, ohne Rückſicht auf eine vierhundertjährige Entwicklung und auf das naheliegende praktiſche Bedürfniß [11]). Dadurch freilich entſtand jene beiſpielloſe Unſicherheit, welche die Neuern beklagen.

b) Das Salvianum entwickelte ſich als ein *ſummariſches* und *proviſoriſches* Rechtsmittel zur Erlangung von Pfändern. Schon die Gloſſe ſetzt den Unterſchied von der hypothecaria darin, daß dieſe *petitoriſch*, das Salvianum *poſſeſſoriſch* ſei. Man forderte nicht den Nachweis, daß die Sache bei der Verpfändung dem Verpfänder gehört habe und begnügte ſich mit dem Beweis, daß ſie in jenem Moment in deſſen juriſtiſchem Beſitz ſtand [12]). Natürlich war noch außerdem Abſchluß eines Pfandvertrags oder anderweitige Pfandconſtituirung ſowie Begründung einer verſicherten Forderung darzuthun. Aber man nahm bald an, daß alle Einreden, daher auch indirecte Gegenbeweiſe, welche nicht ſofort liquid, ſondern wie man ſich ausdrückte altioris

9) beſonders Paratitla in Cod. l. 8 tit. 9. Donellus dagegen ſcheint anderer Anſicht comm. ad Cod. ad l. 1 C. eod.

10) Eine ſtattliche Reihe von Praktikern, die für die Ausdehnung ſind, ſiehe bei Thibaut Archiv l. c. Bd. 11 S. 132 Anm. 16.

11) Für die Beſchränkung auf den Pacht ſind in neuerer Zeit Zimmern in Lindes Ztſchrft. I. S. 54. Huſchke Studien Bd. I. S. 349. Sintenis Pfandr. § 60 Fritz Erl. S. 540. Rudorff l. c. Bd. 13 S. 215. Bachofen Pfandr. I S. 107. Franke Archiv f. c. Pr. Bd. 30 S. 177. Der entgegengeſetzten Anſicht ſind Thibaut Archiv Bd. 11 S. 132. Seuffert Lehrb. § 223. Bangerow Pand. § 390. Auch wohl Brinz I. S. 333.

12) vgl. auch Bartolus ad l. 1 C. h. t. Negusantius p. VIII. m. 3 n. 19 u. 26 Wesembecius h. t. n. 2.

Digitized by Google

indaginis seien, hier nicht zur Verhandlung kämen, sondern für den petitorischen Streit ausgesetzt würden [13]).

c) Ob nun aber das Salvianum nur gegen den Verpfänder selbst gehe oder auch gegen dritte Besitzer, ist in keiner Epoche ganz unbestritten geblieben. Aber die Gründer der Praxis haben sich doch für die Anwendbarkeit selbst gegen Dritte entschieden ausgesprochen. So schon die Glosse, Bartolus, Salicetus, Negusantius. Und dies ist denn auch die gemeine Meinung geblieben, wenn auch Einige das Interdict nur gegen den Verpfänder und dessen Successoren, Andere nur gegen den Verpfänder selbst zugestehen wollten [14]).

Fassen wir zum Schluß die summarischen Rechtsmittel zusammen, die sich hinsichtlich der Pfänder im gemeinen Recht ausgebildet haben, so finden wir:

1) Das allgemeinste ist das interdictum Salvianum. Der Gläubiger wird in den Besitz gesetzt, wenn er auch nur einzelne wesentliche Punkte des Klagfundaments darthut, der Schuldner nur mit liquiden Einwendungen gehört.

2) Dem Gläubiger, der seine Pfandberechtigung durch eine öffentliche Urkunde — insbesondere mit der Executivclausel — darthun kann, steht der Weg des unbedingten Mandatsprozesses offen.

3) Finden sich Pfänder in dem Eigenthum des Gläubigers, so kann dieser deren Entfernung hindern und es wird — auch ohne Bescheinigung der Gefahr — bis zu seiner Befriedigung von obrigkeitswegen deren Wegbringen verboten.

---

13) Bachov III. cap. 20 in Serviana actione, quae instar est petitorii probationes requirunt accuratiores, cujus modi non requirunt in interdictis. Brunnemann comm. in Pand. h. t. Stryk. h. t. Leyser medit. 511 n. 1 (vol. VII. p. 762) in interdicto Salviano probationes et exceptiones altioris indaginis non admittuntur sed in petitorium rejiciuntur. Claproth summ. Proc. § 230. Schmid Civilprozeß III. S. 103. a. Anf. Bayer summarischer Prozeß 6. Aufl. § 72.

14) glossa ad l. 1 C. h. t. Bartolus und Salicetus ad l. cit. Negusantius p. VIII. m. 1 n. 5 sind dafür, daß das interdictum als utile gegen Dritte gehe. Bachov III. 20 n. 2 beschränkt es auf den Dritten, der seine Rechte vom Debitor ableite. Gegen jeden Besitzer giebt das Interdict Exleben de pignoribus § 325. Berger oec. juris II. V. 12 n. 2. „Salv. utile contra quemvis possessorem locum habere communis et usu fori recepta sententia est.“ Voet. h. t. Stryk. h. t. § 2. Walch. contr. juris IV. cap. I. § 18.

Digitized by Google

Drittes Kapitel.

Beſchränkungen der Geltendmachung des Pfandrechts.

§ 139 I. Retentionsrecht wegen Verwendungen [1]).

Die unbedingte Durchführbarkeit der Pfandanſprüche gegen dritte Beſitzer, die leicht von deren Exiſtenz beim Erwerb nichts gewußt hatten, involvirt nicht ſelten eine große Härte. Daher kennt das Recht mancherlei Schutzmittel zu Gunſten der Beſitzer, die meiſtens einen dilatoriſchen Charakter tragen, theilweiſe aber auch den Pfandanſprüchen peremtoriſch gegenüberſtehen. Von den Einreden letzterer Art, insbeſondere der longi temporis praescriptio iſt bei der Beendigung des Pfandrechts zu ſprechen; hier wollen wir die Einreden dilatoriſchen Charakters behandeln.

Zunächſt wenden wir uns zum Retentionsrecht wegen Verwendungen. Das Product einer Aufwendung, die der Beſitzer des Pfands machte, fällt nach juriſtiſcher Nothwendigkeit in den Pfandnerus [2]), da es der Pfandſache incorporirt wird und mit ihr eine Einheit bildet. Doch erſcheint es nicht als billig, wenn der Gläubiger dem Beſitzer mit der Sache auch die Werthvermehrung, die dieſer aus eignen Mitteln freiwillig zufügte, ohne Vergütung entziehen will. Daher rechtfertigt ſich das Retentionsrecht des Beſitzers des Pfands wegen Verwendungen gegenüber der actio hypothecaria. Es walten hier ähnliche Grundſätze wie bei der Retention gegen die Eigenthumsklage, aber auch mancherlei Verſchiedenheiten, die ſchon dadurch begründet werden, daß der Eigenthümer die Sache in der Regel vindicirt um ſie zu behalten, der Pfandgläubiger um ſie zu verkaufen, daß ferner der Beſitzer, welcher das Eigenthum des Vindicanten kennt, in der Regel malae fidei possessor iſt, wer aber die Exiſtenz eines Pfandrechts an der beſeſſenen Sache kennt, um deßwillen doch bona fide beſitzen kann [3]). Dieſe Verſchiedenheiten werden bei der folgenden Detailausführung zur Genüge hervortreten.

---

1) Bachov de pignoribus lib. III. cap. 18. Eingehend Burchardi Archiv f. c. Pr. Bd. 20 S. 162. Weniger wichtig Geſterding Ausbeute Bd. IV. Abh. 2 S. 225 vgl. auch Großkopf zur Lehre vom Retentionsrecht S. 40 ff. S. 114 ff.

2) oben Bd. I. S. 432 ff.

3) Zu weit geht daher Puchta § 215. Geſterding Pfandr. S. 409. Huſchke in Lindes Zeitſchrift Bd. 20 S. 248.

Digitized by Google

Gegenüber der Eigenthumsklage erlangt bekanntlich der bonae fidei possessor Erſatz der utiles und necessariae, der malae fidei possessor nur Erſatz der necessariae impensae [4]). Bei der Pfandklage muß ſich fragen, ob der Erſatz der impensae utiles gerade dem malae fidei possessor der Sache oder Jedem, welcher das Pfandrecht kannte, abzuſprechen iſt. Uns ſcheint das Erſtere das Richtige [5]). Der Eigenthümer oder auch der bonae fidei possessor einer Sache, welcher deren Verpfändung kennt, handelt trotzdem erlaubt und löblich, wenn er ſie zu verbeſſern ſucht; einem malae fidei possessor iſt er nicht zu vergleichen. Dieſer greift durch nützliche Verwendungen unbefugter Weiſe in die Verwaltung fremden Guts ein und erhält daher nur Erſatz nothwendiger Verwendungen, zu deren Vornahme er auf der andern Seite verpflichtet war; der Sachbeſitzer exercirt, ſolange der Pfandgläubiger ſein Recht nicht ausübt, mit Fug Beſitz und Verwaltung und ſoll nicht durch Rückſicht auf das eventuelle Recht des Pfandgläubigers in ſeiner Dispoſition gehindert werden. Selbſt ein Verbot des Gläubigers kann hieran nichts ändern. Holt der Beſitzer aber die Zuſtimmung des Pfandgläubigers ein, ſo iſt er nicht bloß auf die Retention beſchränkt, er kann auch gegen ihn mit der a. mandati klagen. Nur nach Erhebung der actio hypothecaria durch den Pfandgläubiger iſt deſſen Zuſtimmung zur Vornahme von Verbeſſerungen erforderlich. Von jetzt an kann es nicht mehr in der Willkür des Beklagten liegen, ſich neue Einreden zu ſchaffen, der Vindication Hinderniſſe in den Weg zu legen, die durch Abſchätzung und Anrechnung der Impenſen eintreten müſſen [6]). Der Kläger hat ein Recht darauf, daß ſeine Lage durch die Verzögerung des Prozeſſes und den Widerſpruch des Beklagten wenigſt möglich verändert werde.

Wie der bonae fidei possessor vom Pfandgläubiger Erſatz von

---

4) Die Frage wirft ſich auf, die unſeres Wiſſens von den Römern nicht entſchieden und den Neuern nicht unterſucht iſt, ob das gleiche Retentionsrecht auch dem Detentor der Sache zuſteht, z. B. einem Pachter, der eine Brennerei, Scheuern u. dergl. errichtet. Die Römer geben das Recht ſtets nur dem possessor und eine Ausdehnung auf den Detentor iſt deßhalb nicht unbedenklich, indeſſen doch den dem Retentionsrecht innewohnenden Grundgedanken entſprechend und um deßwillen wohl zuzugeſtehen.

5) So auch Burchardi l. c. Seuffert Archiv Bd. IX. n. 11.

6) arg. l. 27 § 5 D. de R. V. 6, 1. In rem petitam si possessor ante litem contestatam sumtus fecerit.

Digitized by Google

impensae utiles fordert, auch wenn er bei der Verwendung deſſen Recht kannte, ſo nützt dem malae fidei possessor der Sache die Nichtkenntniß der Pfandrechte, die auf der mit Unrecht occupirten Sache laſteten, nichts. Der Gläubiger kann ihm entgegenhalten, daß deſſen eigner Dolus deſſen Schaden verurſachte und daß er ſich freiwillig in die Gefahr des Verluſtes ſtürzte. Würde ja auch die Anrechnung gegenüber dem Pfandgläubiger häufig indirect dem Sacheigenthümer zur Laſt fallen. Doch giebt es einen Fall, in welchem auch der bösgläubige Beſitzer nützliche Verwendungen imputiren kann. Wer von einem gutgläubigen Beſitzer erwarb, der Impenſen anrechnen konnte, kann dieſelben in gleicher Weiſe wie ſein Autor in Rechnung ſtellen; auf die bona fides des Succeſſors kommt es hier nicht an[7]). So werden ja auch die einmal begründeten Anſprüche des Verwendenden ſelbſt nicht dadurch zernichtet, daß er ſpäter erfährt, die Sache ſei eine fremde geweſen.

2) Das Recht der genannten Perſonen auf Erſtattung nothwendiger oder nützlicher Auslagen iſt nun aber ſeinem Umfang nach in doppelter Hinſicht ein begrenztes. Nur das fällt in Anrechnung, was dem Pfandgläubiger wirklich zu Gute kommt und nur der Betrag wird berückſichtigt, um welchen ſich das Vermögen des Beſitzers durch die Aufwendung vermindert hat. Es ſoll, das iſt die Grundidee unſeres Retentionsrechts, der Gläubiger keinen Gewinn auf Koſten des beklagten Beſitzers ziehen.

a) Demnach iſt vor Allem gefordert, daß die Verwendung noch im Augenblick der Ausfällung des Urtheils exiſtirt, früherer Untergang iſt Schaden des Beſitzers. Dies wird für die nützliche Verwendung allgemein anerkannt. Ebenſo muß es ſich aber auch bei nothwendigen Verwendungen verhalten[8]). Der Beſitzer kann nur fordern, daß der Gläubiger ſich nicht auf ſeine Koſten bereichere; er kann alſo nichts verlangen, wenn das Product der Verwendung wieder verſchwunden iſt. Meiſt leugnet man dieſe Conſequenz; doch gewiß mit Unrecht; es treten nicht die Geſichtspunkte der actio negotiorum gestorum ein, bei der

7) l. 14 § 1 D. comm. div. 10, 3.

8) Ein Argument liefert l. 38 D. de her. pet. 3, 3. Dort wird ausgeführt, der bonae fidei possessor könne impensae utiles und necessariae auch imputiren, auch wenn ihr Reſultat unterging, weil er nur haftet in quantum locupletior factus est; der malae fidei possessor aber hat nur dann ein Recht, si res melior facta est. Dies bezieht ſich offenbar auf beide Arten von Verwendungen.

Digitized by Google

es allerdings genügt, daß die Verwendung für den Geschäftsherrn im Augenblick der Vornahme als nützlich und nothwendig erschien, ohne daß der Effect in Betracht kommt. Es liegt hier kein Quasicontract vor, der mit der Aufwendung begründet ist, vielmehr dient ein factisches Verhältniß der Exception zur Basis, so daß diese mit dessen Verschwinden erlischt. Würde also ein nothwendiger Weise reparirtes Haus vor der Klaganstellung abbrennen, so könnte kein Ersatz der Verwendung gefordert werden, möchte nun der Eigenthümer oder der Pfandgläubiger den Bauplatz vindiciren [9]).

Soweit stimmt die Retention gegenüber der Eigenthumsklage und der Pfandklage überein, aber in folgenden Beziehungen ergeben sich nicht unwichtige Verschiedenheiten. Dem Eigenthümer gegenüber kann in der Regel der bonae fidei possessor nur den Ersatz solcher Verwendungen ansprechen, welche die Rente der Sache steigern. Dagegen kommen nicht in Betracht Verwendungen, die zwar den Verkaufswerth erhöhen, etwa Wandmalereien, Gewächshäuser, die aber den Ertrag der Sache nicht vermehren [10]). Denn es kann nicht angenommen werden, daß der Eigenthümer seine Sache verkaufen werde, und es kann ihm nicht zugemuthet werden, solche Verwendungen zu bezahlen, die in concreto seine pecuniäre Lage nicht verbessern. Anders verhält sich die Sache beim Pfandgläubiger; sein Recht besteht wesentlich im Verkauf des Pfands, er will und kann die Sache nicht für sich behalten. Die einzige Frage ist hier, ob jene Impensen den Verkaufswerth erhöhen. Noch bedeutender ist ein anderer Gesichtspunkt. Bei der Eigenthumsklage entscheidet über die Höhe und den Werth der Verwendungen schlechthin der Augenblick des gefällten Urtheils. Der Eigenthümer erhält jetzt die Verwendungen zugesprochen, jetzt wird er durch sie bereichert, es ist billig, daß er diese Bereicherung jetzt bezahle. Der

9) A. Anf. Sell Jahrb. Bd. 3 S. 284. Leist unerlaubtes Eingreifen Bd. 2 S. 48 mit Berufung auf Stellen, in welchen ein Contractsverhältniß vorlag und die daher nicht entscheiden. Es läßt sich nicht etwa einwenden, der Kläger hätte die nothwendige Verwendung, wenn er im Besitz wäre, selbst gemacht und sei nun trotzdem, daß sie unterging, durch die Ersparniß der Auslage bereichert. Hierin läge eine Präsumtion, die z. B. für den vindicirenden Pfandgläubiger gar nicht zuträfe, auch würde an Stelle des objectiven Gesichtspunkts — der Verwendung auf die Sache — ein subjectiver gesetzt, der zu einer ganz andern Gestaltung des Verhältnisses, namentlich auch Ertheilung eines Klagrechts hätte führen müssen.

10) cfr. l. 79 § 1 § 2 D. de V. S. 50, 16. l. 9 l. 10 D. de impensis in res dot. 25, 1. l. 28 l. 29 D. de R. V. 6, 1.

Digitized by Google

Pfandgläubiger hat nur dann einen Vortheil, wenn ſich wirklich dereinſt beim künftigen Pfandverkauf in Folge der Verwendung ein höherer Preis ergiebt. Den Werth, den dieſelben im Augenblick der actio hypothecaria haben, zu zahlen, kann ihm gegen ſeinen Willen nicht zugemuthet werden, man würde ihn nöthigen, einen aleatoriſchen Vertrag einzugehen. Es muß alſo genügen, daß er Caution leiſtet das herauszubezahlen, was er in Folge der Verwendung einſt beim Pfandverkauf mehr löſen wird.

b) Nur vor wirklichem Verluſt ſoll der Beſitzer geſchützt werden. Daher iſt ihm ſtets nur ſeine reelle Auslage, nicht der durch ſie erzielte Mehrwerth der Sache zu vergüten, ſelbſt wenn dieſer die Ausgabe bei weitem überſteigen ſollte [11]).

c) Es iſt nicht zu überſehen, daß das Recht der Verwendungen einer gewiſſen Compenſation mit dem Fruchtgenuß unterliegt, welche beim Pfandverhältniß beſondere Schwierigkeiten und Bedenken erregt.

Natürlich fallen dem Beſitzer die Verwendungen auf die Früchte zur Laſt, die ihm verbleiben [12]). Hat er Früchte — etwa von Zeit des Prozeßanfangs — herauszugeben, ſo mindern die Auslagen auf dieſelben den zu reſtituirenden Betrag [13]). Wegen der heurigen noch ſtehenden Frucht, die er mit der Sache herausgeben muß, kann er Erſatz ſeiner Beſtellungskoſten verlangen. Aber auch die Verwendungen auf die Sache ſelbſt ſind nicht vollſtändig zu erſtatten. Für die Eigenthumsklage ſpricht Papinian aus, daß der bonae fidei possessor die gewonnenen Früchte ſämmtlich auf die Auslagen für die Sache — nothwendige wie nützliche — zu rechnen hat. Gewinn und Aufwand wird compenſirt [14]). Beim malae fidei possessor verſteht ſich der entſprechende Satz von ſelbſt. Da er ohnehin den Betrag aller vor dem Prozeß gezogener Früchte zu leiſten hat, ſo rechnet der Richter natürlich hierauf ab, was ihm umgekehrt etwa der Vindicant zu erſetzen hat.

---

11) l. 38 D. de R. V. 6, 1.

12) cfr. l. 3 § 1 l. 13 l. 16 D. de impensis in res dot. 25, 1. Der dritte Beſitzer kann nicht etwa den Fruchtertrag offeriren und dafür die Koſten der Beſtellung verlangen.

13) l. 46 D. de usuris 22, 1.

14) l. 48 D. de R. V. 6, 1. sumtus . . . a bonae fidei possessore facti . . . servantur, scilicet si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant: etenim admissa compensatione superfluum sumtum meliore praedio facto dominus restituere cogitur. l. 65 D. eod.

Digitized by Google

Für die Pfandklage ist, wie uns scheint, die Lage des beklagten Eigenthümers und die des gut- oder bösgläubigen Besitzers einer fremden Sache auseinanderzuhalten, aus dem Grund, weil die Ansprüche dieser Personen auf die vor dem Prozeß gezogenen Früchte so ganz verschieden sind.

Wenden wir uns zuvörderst zum Normalfall, in welchem der Beklagte Eigenthümer der Pfandsache ist. Hier ist nicht ein Abrechnen der im concreten Fall gezogenen Früchte mit den gemachten Verwendungen das dem Verhältniß Entsprechende. Der Eigenthümer hat in den Früchten kein Lucrum, wie der gutgläubige Besitzer einer fremden Sache. Wohl aber müssen wir gewisse Classen von Ausgaben streichen, die dem obliegen, welcher den Fruchtgenuß hat. Es ist hierbei die Analogie des Usufructs herbeizuziehen oder die Bestimmungen über Impensenersatz bei Restitution des Dotalguts [15]. Hiernach ist zu entscheiden, daß der Eigenthümer nothwendige Auslagen auf seine Rechnung zu setzen hat, die ununterbrochen zu machen sind oder doch stets in kürzeren Perioden wiederkehren, z. B. mäßige Reparaturen, Leistung der Abgaben. Dem Pfandgläubiger können nur solche nothwendige Verwendungen imputirt werden, die durch unerwartete und außerordentliche Ereignisse veranlaßt wurde (z. B. Herstellung von durch Wassergewalt durchbrochenen Dämmen) oder die wenigstens nur in größeren Zeiträumen wiederzukehren pflegen.

Ist der Beklagte nur gutgläubiger Besitzer einer fremden Sache, dann wird die Analogie der Bestimmungen über die Eigenthumsklage eintreten, er wird alle lucrirten Früchte mit der Verwendung zu compensiren haben. Wie bei der Eigenthumsklage kann auch hier dem bonae fidei possessor entgegengehalten werden, daß er solange von

---

15) Hinsichtlich des Usufructs vgl. bes. l. 7 § 2 D. de usufr. 7, 1 . . si quae vetustate corruerunt reficere non cogitur. modica igitur refectio ad eum pertinet. cfr. l. 45 l. 64 D. eod. l. 7 C. de usufr. 3, 33. Hinsichtlich des Dotalguts vgl. l. 12 l. 15 D. de impensis in res dot. 25, 1. l. 7 § 16 D. soluto matrimonio 24, 3. Ebenso verhält es sich ohne Zweifel hinsichtlich einer bedingt legirten Sache, die der Erbe während des Schwebens der Bedingung benutzt. Zwar entscheidet Papinian in der l. 61 D. de legat. I. sumtus autem in reficienda domu necessarios a legatario factos petenti ei legatum, cujus postea conditio extitit, non esse reputandos existimavi. Das bezog sich aber gewiß nur auf den Fall einer modica refectio arg. l. 7 § 2 D. de usufr. 7, 1. Es wäre weder billig noch recht, daß der Erbe, der hunderte von Gulden aufwand, um die Sache in Stand zu setzen, diese Summe zu Gunsten des Legatars verlieren sollte.

Digitized by Google

keinem Schaden, der ihm durch die Verwaltung der Sache entstand, reden dürfe, als er im Gewinn der Früchte ein Aequivalent für die Auslagen, die er machte, habe.

Wie aber endlich beim malae fidei possessor der Sache? Ein solcher Besitzer hat gar kein Recht an den Früchten, dieselben fallen alle in das Eigenthum des Sacheigenthümers, der sie vindiciren, nach ihrer Consumtion condiciren kann. Ist demnach dem bösgläubigen Besitzer gegenüber gar keine Aufrechnung wegen der von ihm gewonnenen Früchte möglich? Es wäre dies ein auffallendes Resultat. In der That steht die Sache wohl so. Auch der malae fidei possessor hat die Verwendungen, die er ja auch dem Sacheigenthümer gegenüber geltend machen kann, zunächst aus den Früchten zu tilgen. Klagt der Eigenthümer die Früchte ein, so hat er sich einen entsprechenden Abzug gefallen zu lassen. Nur das von den Verwendungen, was auf diese Weise nicht gedeckt ist, kann mittelst Retention der Sache vom Pfandgläubiger erlangt werden.

3) Wir sind davon ausgegangen, daß ein Dritter sich in den Besitz der Pfandsache setzte und Verwendungen auf dieselbe machte. Kann aber auch der Verpfänder, welcher im Besitz blieb, dem Hypothekar Impensen in Rechnung stellen? Es leuchtet ein, daß der persönliche Schuldner hierzu nicht berechtigt ist [16]). Wie sollte der Creditor genöthigt werden, dem Debitor, der seine Schuld noch nicht getilgt hat, zuvörderst Geld zu zahlen, um in den Besitz seines Pfandes zu kommen! Durch diesen Nichtersatz wird der Schuldner nicht benachtheiligt. Entweder reicht nämlich der Pfandwerth aus, um die Forderung und die Verwendung zu decken; hier erhält er dereinst in der hyperocha den Betrag seiner Auslagen zurück. Oder das Pfand deckt nicht Verwendung und Forderung vollständig. Dürfte hier der Schuldner von vornherein den Betrag der Verwendung abziehen, so müßte er ihn hintennach zurückerstatten, da er ja für den aus dem Pfand nicht erlösten Forderungsrest haftet. Mit einem Wort: die Anrechnung der Impensen soll verhüten, daß der Vindicant auf Kosten des Beklagten Gewinn mache; aber der Creditor, der auch aus den Impensen seines Schuldners sich Befriedigung verschafft, bereichert sich nicht zu dessen Nachtheil. Natürlich ist auch gleichgültig, ob der Beklagte ursprünglicher Schuldner oder dessen Erbe ist, oder ein Dritter, der die Pfandsache

16) Burchardi l. c. Windscheid Pand. I. § 235 not. 13.

Digitized by Google

gekauft hat, und hierbei die Schuld übernahm. Denken wir, der Bürge ist in den Besitz des vom Hauptschuldner gestellten Pfands gelangt und hat Verwendungen auf dasselbe gemacht. Auch er ist nicht berechtigt, vom Creditor, in dessen Schuld er noch steht, Ersatz der Verwendungen zu verlangen. Ruhen jedoch Nachhypotheken auf dem Pfand, denen jener Bürge persönlich fremd ist, dann wird er, so scheint uns, berechtigt sein, von seinem Creditor das Versprechen zu fordern, daß dieser ihm aus der etwaigen hyperocha seine Verwendungen abzahle, ehe er die Nachhypothekarien aus derselben befriedige. Diese Nachhypothekarien haben kein Recht, aus den Impensen des Bürgen Zahlung zu erlangen.

Zweifelhafter ist, ob der Verpfänder, der das Pfandobject *für eine fremde Schuld obligirte*, Retentionsansprüche wegen Verwendungen hat? Es ist dies zu bejahen [17]). Der Verpfänder wollte eben nur die Pfandsache, wie sie im Augenblick der Verpfändung war, nicht weitere Summen, die er in Folge unglücklicher Zufälle, neuer Entschlüsse auf sie verwendete, für die fremde Schuld aufs Spiel setzen. Der Gläubiger kann daher billigerweise nicht verlangen, daß seine Forderung auch aus jenen Verwendungen, respective dem aus ihnen entstehenden Pluswerth, getilgt werde. Vindicirt er also die Hypothek, so muß er dem beklagten Intercedenten den Werth jener Impensen ersetzen. Beim Verkauf des Pfands tilgt er wieder vor allen Dingen aus dessen Erlös das hiefür Ausgelegte und rechnet dann den Rest auf die versicherte Forderung. Ist diese hierdurch nicht vollständig gedeckt, so hat nicht der Verpfänder für das Uebrige einzustehen, sondern der persönliche Schuldner. — Genügt das Pfand vollständig zur Tilgung der Verwendung und der versicherten Forderung, so ist das Retentionsrecht ohne praktische Bedeutung.

§ 140. Quellenzeugnisse.

Die Lehre von den Verwendungen gegenüber der Pfandklage wurde von uns aus der Analogie der Eigenthumsklage, der Natur und dem Zweck des Pfandverhältnisses und den Grundsätzen der Billigkeit entwickelt, gerade als wenn keine Aussprüche der römischen Juristen existirten, die sich speciell auf unsere Frage bezögen. Dennoch finden sich

17) Burchardi l. c. S. 177.

Digitized by Google

über dieſelbe zwei Entſcheidungen in unſern Rechtsquellen, die aber in Widerſpruch zu ſtehen ſcheinen. In der einen Stelle von Paulus wird das Recht des gutgläubigen Beſitzers auf Erſtattung nützlicher Verwendungen deutlich anerkannt.

> Paulus libro responsorum l. 29 § 2 D. de pignoribus 20, 1. Domus pignori data exusta est eamque aream emit Lucius Titius et extruxit. Quaesitum est de jure pignoris. Paulus respondit pignoris persecutionem perseverare et ideo jus soli superficiem secutam videri id est cum jure pignoris. Sed bona fide possessores non aliter cogendos creditoribus aedificium restituere, quam sumptus in exstructione erogatos, quatenus pretiosior res facta est, reciperent. —

Das verpfändete Haus war abgebrannt, ein bonae fidei possessor ſtellte es wieder her; er kann Erſatz ſeiner Auslagen fordern, inſoweit das Pfandobject hierdurch wieder in ſeinem Werth geſteigert iſt. Von ganz anderer Anſchauung ſcheint Africanus auszugehen. Ein Nachbar war wegen verweigerter damni infecti cautio in das Nachbarhaus gewieſen und erlangte, da der Gegner ungehorſam blieb, durch prätoriſches Decret das Eigenthum jenes Hauſes. Ein Pfandgläubiger — der vom bedrohten Nachbar nicht zur Cautionsſtellung aufgefordert war und deßhalb ſein Recht nicht verloren hatte [1]) — tritt ſpäter mit der actio hypothecaria auf und vindicirt das Haus. Africanus giebt wegen der Impenſen, die der Beſitzer auf die Refection verwendete, folgende Auskunft.

> l. 44 § 1 D. de damno infecto 39, 2. Damni infecti nomine in possessionem missus, possidendo dominium cepit: deinde creditor eas aedes pignori sibi obligatas persequi vult: non sine ratione dicetur, nisi impensas, quas in refectionem fecerim, mihi praestare sit paratus, inhibendam adversus me persecutionem. Cur ergo non emptori quoque id tribuendum est, si forte quis insulam pignoratam emerit? non recte haec inter se comparabuntur.

---

1) War der Pfandgläubiger zur Satisdation aufgefordert und weigerte ſich derſelben, ſo wurde ihm die actio gegen den missus denegirt. l. 15 § 25 D. h. t. 39. 2. l. 12 D. eod.

Digitized by Google

quando is qui emit sua voluntate negotium gerat: ideoque diligentius a venditore sibi cavere et possit et debeat: quod non aeque et de eo cui damni infecti non promittatur dici potest.

Der Eingewiesene soll, das ist die Summe der Entscheidung vom Gläubiger, Ersatz der von ihm aufgewendeten Reparaturkosten fordern können, der Käufer nicht. Die mannichfachsten Versuche[2]) hat man gemacht um den Widerspruch zu beseitigen, der zwischen dem Ausspruch von Paulus und African obzuwalten scheint, hiermit aber auch ein festes Resultat für die Rechtsanwendung zu gewinnen. Die bei weitem verbreitetste Erklärung geht dahin, nützliche Verwendungen, von denen Paulus handle, seien dem Pfandbesitzer zu ersetzen, keineswegs aber nothwendige, wohin der von African erwähnte Fall Wiederherstellung eines Gebäudes gehöre[3]). Diese Unterscheidung und das auf sie gebaute Dogma hat man in verschiedener Weise zu rechtfertigen gesucht. Meist erklärt man sie durch die Annahme: daß eben die nothwendigen Auslagen eine Last des Genusses seien, der dem Eigenthümer für die Zwischenzeit verblieb. Wie oft geschieht es, daß Forderungen und Pfandrechte viele Jahre, ja durch mehrere Generationen hindurch fortbestehen. Sollte nun am Ende der Creditor dem Pfandbesitzer alle seine Reparaturkosten vergüten, so könnte er in der Regel nur lieber geradezu auf sein Pfand verzichten, weil die zu erstattenden Kosten leicht den Werth des Pfands übersteigen würden. Aber — läßt sich hieraus folgern — daß der Pfandbesitzer gar keine Reparaturkosten anrechnen kann? So gerecht es ist, daß ihm die laufenden Unkosten zur Last fallen, ebenso unbegreiflich wäre es, wenn er für die außerordentliche kostspielige Reparatur eines alten dem Einsturz nahen Hauses nichts rechnen könnte, während ihm z. B. gestattet wäre, die Errichtung eines neuen Stockwerks — als nützliche Verwen-

---

2) Eine Menge von Vereinigungsversuchen enthält bereits die accursische Glosse (ad h. leg.) die zum Theil von Späteren ausgeführt wurden. Schon Bartolus verwirft alle diese Erklärungen (ad h. l. vol. V. p. 49). Einen unlöslichen Widerspruch nehmen an Bachov lib. III. cap. 18 not. 4. Westphal § 134 not. 158. cfr. auch Sintenis Pfandr. S. 580.

3) Cujacius ad Africanum l. 44 § 1 D. de damno infecto Cod. Fabr. 8, 6 def. 19. Voet. tit. D. 20, 1 § 4. Glück Bd. 18 S. 352. Wächter Archiv Bd. 14 S. 371 not. 29. Burchardi l. c. Bd. 20 S. 169.

Digitized by Google

dung — zu imputiren. Hierzu kommt aber: Betrachtete Africanus die Koſten der Reparatur ſchlechthin als eine Laſt, die ſich mit dem Genuß der Sache compenſirte, dann müßte er deren Erſatz wie dem Käufer auch dem immittirten Nachbar verweigern, dem das Eigenthum des Nachbarhauſes zugetheilt iſt. Dieſer hat ja nun nicht weniger wie der Käufer den vollen Genuß und Gebrauch der Sache, daher müſſen ihm auch deſſen Laſten obliegen; wie denn Niemand zweifeln wird, daß er mäßige und laufende Koſten nicht imputiren kann. — Auch iſt nicht zu überſehen, daß African den Käufer der Pfandſache wegen der Nichterſtattung der Impenſen auf den Regreß gegen den Verkäufer verweiſt. Dieſer Regreß hätte aber keinen Grund [4]), wenn es ſich nur um Auslagen gehandelt hätte, die durch den Genuß der Sache bereits compenſirt ſind [5]). —

---

4) Daher iſt denn dieſe Beſtimmung den Gegnern unbegreiflich erſchienen, Burcharbi l. c. S. 174, „man muß ſehr Bedenken tragen auch nur dieſe Ausnahme zuzugeben, weil ſie in der That auf keinen zureichenden Gründen beruht."

5) Neuerdings hat Groskopff Retentionsrecht S. 42 die verſchiedene Behandlung von nothwendigen und nützlichen Verwendungen folgendergeſtalt zu rechtfertigen geſucht. Dem Verpfänder liege die Pflicht auf, die nothwendigen Verwendungen vorzunehmen und die Pfandſache in gutem Stand zu erhalten. Wenn hier nun ein Dritter ohne Zuthun des Pfandgläubigers eingeſchoben werde, dann könne der Pfandgläubiger auf die diesfälligen Anſprüche deſſelben mit Recht erwidern, daß ihm durch die Dazwiſchenkunft des Beklagten und ſeine Verwendungen nicht der geringſte Nutzen geleiſtet ſei. Ganz anders bei nützlichen Verwendungen: etwa, wenn das nach der Verpfändung verkaufte Haus abgebrannt ſei. Hier habe Niemand dem Pfandgläubiger gegenüber die Pflicht gehabt das Haus herzuſtellen, er könne auch nicht einmal behaupten, daß der frühere Eigenthümer, der Verpfänder, die Herſtellung übernommen hätte. Hier alſo leiſte der Beſitzer dem Pfandgläubiger durch den Neubau wirklichen Nutzen und deßwegen geſtehe ihm Paulus in der l. 29 cit. ein Retentionsrecht zu. Ebenſo verſtehe es ſich von ſelbſt, daß der in das baufällige Haus *eingewieſene Nachbar* dem Pfandgläubiger ſelbſt nothwendige Reparaturen aufrechnen könne, denn einerſeits ſei er wider Willen in dieſe Lage gedrängt, andererſeits ſei er durch die Sorgloſigkeit des frühern Eigenthümers und des Pfandgläubigers zu dieſen Reparaturen genöthigt worden. Ohne ſeine Dazwiſchenkunft wären ſie ganz unterblieben, ſo daß der Gläubiger hier nicht behaupten kann, die Thätigkeit des Beſitzers ſei für ihn eine nutzloſe geweſen. Auch dieſe Argumentation reicht gewiß nicht aus, um eine principiell verſchiedene Behandlung nothwendiger und nützlicher Verwendungen zu rechtfertigen. Das Pfandrecht des Gläubigers, welcher für nothwendige Verwendungen auf die Pfandſache dem Verpfänder Vorſchüſſe macht, iſt vor andern Pfandrechten privilegirt. Hätte das römiſche Recht die Anſchauung getheilt, daß dem ältern Hypothekar die Verwendung aus fremdem Geld nichts nütze, weil ſie dem Debitor obliege, ſo hätte es dies Privileg nicht gewähren können. Auch hat der Verpfänder wohl die Pflicht, die Sache im

Digitized by Google

Uns scheint, daß African dem Käufer der verpfändeten Sache gar nicht den Ersatz von nothwendigen oder nützlichen Verwendungen abspricht; er leugnet nur die Gleichstellung des Käufers und des Immittirten. Er hat entschieden, daß der immittirte Nachbar die Aufwendungen, die er zur Wiederherstellung des Nachbarhauses machte, schlechthin verlangen kann. Es wird hierbei nicht unterschieden, ob das Resultat der Verwendung noch existirt oder wieder zu Grunde gegangen ist, während der Käufer nur im ersteren Falle Ansprüche hätte. Ebensowenig wird unterschieden, ob die Reparatur planmäßig war oder ob mit Aufwendung von vielen Mitteln doch nur ein geringes Resultat erzielt worden ist; die Refection kann eine nothwendige Verwendung bilden, aber sie ist deßwegen nicht immer eine solche [6]); sie kann in luxuriösem Stil erfolgt sein, also eine impensa voluptuaria in sich schließen. Wie sie nun aber sei, hat der Immittirte nur bona fide gehandelt, so ist sie ihm zu ersetzen, denn der neue Eigenthümer muß im Stande sein mit vollster Sicherheit Vorkehrungen zur Beseitigung der Gefahr, die seinem Haus droht, zu treffen, zu denen er genöthigt ist, weil der frühere Eigenthümer des Nachbarhauses sie unterließ, dem sie zunächst oblagen. Ein Käufer der Pfandsache, fährt African fort, hat nicht gleiches Recht. Er spricht sich über dessen Verhältniß an diesem Ort nicht näher aus; er verneint nicht, daß der Käufer dem Gläubiger Summen imputiren könne, die zur Refection nöthig waren; vielleicht hatte er von dessen Stellung schon früher in seinen Quästionen gehandelt, vielleicht glaubte er die bezüglichen Rechtssätze als bekannt voraussetzen zu können.

§ 140 II. Retention bis zur Abtretung der Forderung sog. beneficium cedendarum actionum [1]).

Das Streben der Kaiserzeit, die Forderungen der Billigkeit mit denen des Rechts zu vermitteln, hatte zum Princip geführt: wer zur

---

Stand zu halten, aber diese Pflicht erstreckt sich gewiß nur auf laufende Ausgaben, keineswegs auf außergewöhnliche, wenn auch nothwendige Reparaturen; sie liegt ihm zudem nur dann ob, wenn er im Besitz und Genuß der Pfandsache ist. Und wie, wenn der Verpfänder nicht die Mittel zur Aufwendung der Kosten hätte? hier ist doch die Dazwischenkunft des Dritten dem Creditor nützlich und nothwendig. —

6) Hiergegen nicht l. 1 § 3 D. de impensis in res dotales 25, 1. l. 4 l. 14 D. eod. l. 8 pr. D. de pign. a. 13, 7 u. a. a. O.

1) Ueber dies beneficium vergl. Mühlenbruch Cession 3. Aufl. S. 412 flgnde. Knorr im Archiv f. civ. Praxis Bd. 28 S. 167 ff.

Digitized by Google

Zahlung einer Forderung angehalten wird, die anerkanntermeiſe in die Sphäre des Vermögens eines Andern gehörte, kann dem Gläubiger die Zahlung ſolange weigern, bis dieſer die Uebertragung ſeiner Forderung gegen Angebot ihres vollen Betrags bewilligt [2]). Allerdings liegt hierin eine Beugung des ſtrengen Rechts. Die Realiſirung jenes Anſpruchs, der dem Gläubiger unbedingt zuſteht, wird von einer Handlung abhängig gemacht, zu der er an und für ſich nicht verpflichtet wäre. Indeſſen iſt dieſe Handlung aufs leichteſte zu effectuiren, ſie bringt dem Gläubiger keinerlei Nachtheile, ſie iſt ein wichtiges Vehikel, um das materielle Recht zu fördern. Um deßwillen glaubte man vom Gläubiger verlangen zu können, was ihm nicht ſchadete und dem Beklagten nützte. Daher gewährte bereits Julian das beneficium dem verklagten Bürgen. Eine intereſſante Anwendung deſſelben Rechtsgedanken war, daß der ehemalige Hausſohn, welcher aus den während Lebzeiten des Vaters geſchloſſenen Contracten nach deſſen Tode belangt wurde, inſoweit er nicht deſſen Erbe war, vermittelſt der exceptio doli Ceſſion der actio de peculio und de in rem verso gegen die Erben des Vaters verlangen konnte. In erſter Linie fand man, liege die Schuld des Sohns dem Erben ob, der das Peculium und das väterliche Vermögen beſitzt, welchem deren Frucht zufloß [3]). In gleicher Weiſe kam man auch dem Pfandbeſitzer zu Hülfe, welcher mit der actio hypothecaria beklagt und hierdurch indirect zur Zahlung der verſicherten Schuld genöthigt wird. Zuerſt gedenkt der Nothwendigkeit der Ceſſion in ſolchem Fall Scävola libro 5 responsorum:

> l. 19 D. qui pot. 20, 4. Mulier in dotem dedit marito praedium pignori obligatum et testamento maritum et liberos ex eo natos item ex alio heredes instituit, creditor, quum posset heredes convenire idoneos, ad fundum venit. Quaero an si justus possessor offerat, compellendus sit jus nominis cedere? Respondit posse videri non injustum postulare.

Das als Dos gegebene Grundſtück war nach dem Tode der Frau dem Mann verblieben, da er nach claſſiſchem Recht die dos adventitia im Fall des Vorverſterbens ſeiner Ehefrau behielt; dagegen hatte er

---

2) Mühlenbruch Ceſſion S. 412.

3) l. 30 § 3 D. de peculio 15, 1. l. 18 § 5 D. fam. erc. 10, 2. cfr. l. 38 D. de cond. indebiti 12, 6.

Digitized by Google

keinerlei Anspruch gegen seine Miterben, wenn ihm jenes Totalgrundstück evincirt wurde [4]). Es hätte also strenggenommen in der Hand des Pfandgläubigers gelegen auf den Ehemann eine Schuld definitiv zu wälzen, deren Tilgung allen Erben oblag. Hier war die Cession, welche Scävola zugestand, ein besonderes Bedürfniß. Aber auch wo der Besitzer eine Regreßklage gegen den Schuldner hätte, wurde das beneficium gewiß nicht versagt. Eigenthümliche Charakterzüge desselben sind folgende:

1) Der Pfandbesitzer war in dem von Scävola behandelten Fall ein justus possessor. Nicht Wenige haben vermeint, daß gleiches Recht auch für malae fidei possessores gelte [5]). Doch mit Unrecht. Ihnen wird ja durch die actio hypothecaria nicht zugemuthet, eigenes Vermögen zur Tilgung fremder Schulden herzugeben, der Gläubiger erzwingt vielmehr Herausgabe einer unrechtmäßig besessenen Sache. Es ist aber überhaupt ein allgemeines Princip der Römer, daß Rechtswohlthaten Jedem versagt werden, welchen eigner Dolus in die ungünstige Lage brachte solche zu bedürfen. Daher können z. B. mehrere Vormünder, die wegen Dolus solidarisch haften, eine Cession der Klage gegen die Mitverhafteten nicht begehren [6]); ebendeßwegen kann auch der malae fidei possessor einer Pfandsache keine Klagencession verlangen. Natürlich hat der Besitzer auch dann kein Recht auf Cession, wenn gerade ihm die Tilgung der Schuld obliegt; insbesondere wenn er dem Verpfänder gegenüber die Abzahlung der Schuld als Theil des Kaufpreises übernommen hat. Zweifelhaft kann aber erscheinen, ob auch ein Miether, der die Pfandsache Namens des Verpfänders inne hat, ob gar ein Commodatar und Depositar desselben, ein Recht auf Klagencession hat! Der Gläubiger sucht hier seine Befriedigung geradezu aus einem Vermögensstück seines Schuldners. Doch bei Miethe und Commodat und selbst beim Depositum, falls der Depositar wegen Verwendungen Ansprüche hat, mit Gefahr für die Interessen des Inhabers. Man wird daher selbst diesen Personen das Recht der Klagencession verstatten, die vielleicht allein ihnen möglich macht, Zahlung für den Schuldner zu leisten und damit auch ihr Interesse, welcher Art es auch sei, zu wahren.

---

4) l. 1 C. de jure dotium 5, 12. l. 69 § 7 D. de jure dot. 23, 3.

5) So Glosse, Bartolus ad h. l. Negus. p. V. m. 3 n. 26 trotz einzelner Dissentienten. Glück Bd. 13 S. 344. Dagegen u. A. Mühlenbruch l. c. S. 416. Sintenis Pfandr. S. 423 Anm. 3.

6) l. 38 § 2 D. de adm. tut. 26, 7.

Digitized by Google

2) Der nächste Gedanke beim beneficium cedendarum actionum war, es soll die Tragung der Schuld auf das Vermögen abgewälzt werden, zu dessen Sphäre sie materiell gehört [7]). Kann aber der Nebenverpflichtete durch dasselbe auch Ansprüche gegen andere Nebenverpflichtete erhalten? Die Römer haben dies angenommen und durch unser Rechtsmittel eine verhältnißmäßige und entsprechende Repartition der Last unter den Accessionen herbeizuführen gesucht. Doch haben sie ein bestimmtes System, wonach die mannigfachen hier entstehenden Schwierigkeiten regulirt werden sollen, nirgends entwickelt.

Daß der Bürge, welcher sich des beneficium cedendarum actionum bedient, hierdurch auch die Forderung gegen die Mitbürgen erhält, geht hervor aus l. 17 l. 36 l. 39 D. de fidejussoribus 46, 1 [8]). Aber natürlich kann der zahlende Bürge nicht Zahlung der ganzen Schuld von den Mitbürgen verlangen. In welchem Maaße sind diese haftbar? Folgendes scheint uns die Lösung: Die Mitbürgen haben vor wie nach der Cession das beneficium divisionis, in Folge dessen sie Theilung unter die solventen Bürgen verlangen können; eine Rate aber trifft selbstverständlich den Bürgen, der nun als Cessionar klagend auftritt.

Größere Schwierigkeiten bietet der Fall, in welchem mehrere Pfänder für dieselbe Forderung gestellt sind, die sich in verschiedener Hand befinden. Ist in der Cession zu Gunsten des zunächst verklagten Besitzers die Pfandklage gegen die andern Pfandbesitzer mitbegriffen? Es scheint uns dies anzunehmen, da im Zweifel die Accessionen mit der Hauptforderung übergehen und die Analogie des Uebergangs der Klage gegen die Mitbürgen auf den zahlenden Bürgen hiefür spricht [9]). Aber gewiß kann der zunächst belangte Pfandbesitzer nicht die ganze Last auf die Besitzer anderer Pfänder abladen, die sich mit ihm in gleicher Lage finden [10]). Der Cessionar wird, wenn er die actio hypothecaria cessa

---

7) War der Beklagte Eigenthümer, so erhält er durch die cessio actionum kein Pfandrecht an der besessenen Sache, wohl aber erhält er dies, wenn er nur bona fide possessor einer fremden Sache ist, vergl. Fritz Erl. Bd. I. S. 453. Knorr l. c. S. 184.

8) l. 17 cit. Fidejussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere caeterorum nomina. A. Anf. Savigny Obligationenrecht I. § 25. Dagegen aber Girtanner S. 538. Anm. 9.

9) a. Anf. Knorr l. c. S. 186.

10) So auch Glück Bd. 18 S. 344. Sintenis Pfandr. S. 424. Geringe Beweiskraft hat allerdings l. 5. pr. D. de censibus 50, 15.

Digitized by Google

anſtellt, gezwungen werden können, ſich mit Zahlung des Theils der verſicherten Schuld zufriedenzugeben, welcher dem Verhältniß des Werths der vom Verklagten beſeſſenen Sache zu dem Werthe der noch außerdem verpfändeten Objecte entſpricht.

Wie ſteht es endlich wenn ein Pfandbeſitzer belangt iſt und für die pfandrechtlich verſicherte Schuld auch Bürgen geſtellt ſind? erlangt der Pfandbeſitzer durch die erzwungene Ceſſion die Rechte des Gläubigers gegen die Bürgen? Es hängt dies davon ab, ob man annimmt, es ſei billiger, daß der Bürge die Schuld trage oder der Pfandbeſitzer; eine Repartition hätte keine Baſis. Es wird das claſſiſche und das juſtinianeiſche Recht zu unterſcheiden ſein. Nach claſſiſchem Recht konnte, wie mehrmals bezeugt wird, der Bürge Ceſſion der Anſprüche auf Pfänder verlangen, die in dritter Hand ſind [11]; man ging davon aus, daß er ſich gerade auch mit Rückſicht auf die Pfänder verbürge und daß für ihn, auch hiervon abgeſehen, überwiegende Billigkeit ſpräche. Es leuchtet ein, daß demnach umgekehrt der Pfandbeſitzer Ceſſion der Forderungen an die Bürgen nicht erlangen konnte. Aber dieſes iſt, wie uns ſcheint, völlig geändert durch die nov. 4. Dieſes Geſetz entwickelt als Princip, daß zuerſt der Hauptſchuldner, dann der Bürge, endlich erſt der dritte Pfandbeſitzer haften ſoll. Demnach kann der zahlende Bürge jetzt nicht mehr Ceſſion der Anſprüche auf Pfänder in dritter Hand, wohl aber der Pfandbeſitzer Ceſſion der Forderung gegen die Bürgen verlangen.

3) Das Recht auf Klagenceſſion beruht, wie wir ſahen, auf dem Gedanken, daß es in der Ordnung ſei, wenn der Gläubiger Etwas übertrage, was ihm nichts mehr nützt und doch dem Zahlenden von großem Vortheil iſt. Wirkliche Opfer, eine Verantwortlichkeit dem Gläubiger aufzulegen, wäre eine Ueberſpannung des Privilegiums, welche daſſelbe völlig denaturiren würde. Hieraus folgt:

a) Der Gläubiger kann ſich der Ceſſion weigern, wenn er ein öconomiſches Intereſſe an der Nichtceſſion nachweiſen kann [12]. Dies iſt namentlich der Fall, wenn ihm die eingeklagte Pfandſache für mehrere Forderungen haftet und er jetzt nur wegen der erſten — bereits fälligen — geklagt hat. Es ſprechen dies aus Severus und Antoninus in l. 2 C. de fidejussoribus 8, 41.

---

11) l. 2 l. 11 l. 21 C. de fidejussoribus 8, 41. Knorr l. c. S. 170.

12) andere Auffaſſung Knorr S. 172. cfr. Girtanner Bürgſchaft S. 534 Anm. 6.

Digitized by Google

Sed cum in alia quoque causa eadem pignora vel hypothecas habet obligatas, non prius compellendus est creditor, transferre pignus, quam omne debitum exsolvatur.

b) Iſt der Gläubiger dem dritten Pfandbeſitzer verantwortlich, wenn ihn eine Schuld daran trifft, daß Anſprüche, die er hätte cediren können, untergegangen ſind oder inexigibel wurden? Wenigſtens für die Bürgſchaft hat man dies vielfach behauptet. Aber dieſe Annahme widerſpricht den Grundgedanken unſeres Privilegs. Daſſelbe ſollte den Gläubiger nicht in ſeiner Verfügungsmacht über die Hauptforderung beſchränken, nicht ihm neue und leicht zu verfehlende Pflichten gegen Bürgen und Pfandbeſitzer auflegen [13]). Es fordert nur vom Gläubiger Abtretung deſſen, was er im Augenblick der Klaganſtellung hat, weil dieſe ihm nicht präjudicirt. Hierüber ſpricht ſich deutlich aus:

l. 62 D. de fidejussoribus 46, 1. Si fidejussor creditori denunciaverit, ut debitorem ad solvendam pecuniam compelleret vel pignus distraheret, isque cessaverit, an possit eum fidejussor exceptione doli mali summovere? Respondit: non posse.

Der Creditor verliert demnach ſeine Anſprüche gegen den dritten Pfandbeſitzer nicht etwa dadurch, daß er verſäumt hat, ſeine Forderung im Concurs des Debitors zu melden [14]). Der Pfandbeſitzer könnte nur dann dem Creditor eine Einrede entgegenhalten, wenn er nachweiſen könnte, daß dieſer gerade aus dem Grunde, um das beneficium cedendarum actionum zu vereiteln, einen Anſpruch vernichtet oder verſchlechtert hätte.

c) Der Vindicant leiſtet dem dritten Beſitzer, dem er ſeine Forderung cedirt, keinerlei Garantie weder für deren juriſtiſche Qualitäten noch für die Solvenz des Schuldners. Er iſt eben nur verpflichtet zu cediren, was er hat [15]). Exiſtirte jedoch die Forderung nicht, deren Ceſſion verlangt und gewährt wurde, ſo hat der Ceſſionar, dem ein

---

13) So auch Girtanner l. c. S. 472.

14) a. Anſ. Schweppe Concurs § 53. W. Puſendorf Obſervationen 35. Noch weniger könnten wir billigen, daß die Berückſichtigung der Rechtswohlthat zur Begründung der Klage gehöre, wie das O.-A.-G. zu Dresden annimmt, Zeitſchrift f. Rechtspfl. und Verwaltung in Sachſen n. F. Bd. 24 S. 43.

15) cfr. l. 35 § 2 D. de R. V. 6, 1.

Digitized by Google

nicht existirendes Object verkauft wurde, eine condictio sine causa auf Rückgabe des gezahlten Kaufpreises. Bestand dagegen die Forderung, hatte der Vindicant aber kein hypothekarisches Recht oder nur eine Nachhypothek, so kann der Besitzer die gemachte Zahlung nicht revociren, trotzdem, daß ihn die Gefahr trifft, einem sich später meldenden bessern Hypothekar noch einmal zahlen zu müssen. Natürlich steht der Vindicant für falsche Angaben ein, die er doloserweise in der Absicht machte, den Besitzer zur Oblation zu bestimmen.

4) Die Frage erhebt sich noch, ob der Besitzer des Pfands die Rechte des abgezahlten Gläubigers nur dann erhält, wenn er vor der Zahlung Cession gefordert und erlangt hat, oder ob ihm auch dann, wenn er zahlte ohne sich Cession vorzubehalten, eine utilis actio gegen den Schuldner verstattet ist, ob also fingirt wurde, daß das geschehen sei, was der Besitzer hätte herbeiführen können. Uns scheint eine solche Fiction nicht zu existiren. Das Recht hatte genug gethan, indem es dem Pfandbesitzer die Möglichkeit offen hielt, sich ein Klagrecht gegen den Schuldner zu verschaffen; benutzte er dieselbe nicht, so war dies seine Schuld und sein Schaden. Es widerspräche der römischen Weise, wenn man nun trotzdem das abgemachte Verhältniß aus Gründen angeblicher Billigkeit wieder zur Geltung hätte bringen können. Die Beweise für die gegnerische Annahme, daß dem Bürgen, welchem der Pfandbesitzer gleichzustellen wäre, nach der vorbehaltlosen Zahlung die Klage des Gläubigers gegen den Hauptschuldner immer noch möglich sei, erscheinen uns durchaus als unzureichend [16]).

---

16) Das Princip spricht deutlich aus Modestin l. 76 D. de solut. 46, 3. si post solutum sine ullo pacto omne quod ex causa tutelae debeatur, actiones post aliquod intervallum cessae sint, nihil ea cessione actum, quum nulla actio superfuerit. Wird dies auch zunächst für die Tutel bestimmt, so ist kein Grund vorhanden, das gleiche Princip in andern Fällen des Zwangs zur Cession nicht anzuwenden. Auch wäre es unbegreiflich, daß mehrmals nachdrücklich hervorgehoben wird, dem zahlenden Bürgen, welcher nicht sofort Cession der Klage erwirkt hat, stehe kein Anspruch gegen die Mitbürgen zu, wenn trotzdem noch nachher Klagencession verlangt werden könnte oder gar eine actio utilis offenstände. Wie wenig die l. 36 D. de fidej. 46, 1 für die Gegenansicht beweist, ist öfter dargethan. Sie setzt voraus, daß vor der Zahlung eine die Cession versprechende Convention abgeschlossen würde. Für unsere Ansicht ist Mühlenbruch Cession S. 445. Puchta Pand. § 402 not. a. Bangerow Pand. Bd. III. § 574 Anm. 3. Dagegen u. A. Girtanner Bürgschaft S. 535.

Digitized by Google

§ 142 III. Das ſogenannte beneficium excussionis realis [1]).

Der Generalpfandgläubiger kann regelmäßig nach freiem Ermeſſen und Gutdünken entſcheiden, aus welchen Vermögensſtücken des Schuldners er ſich Befriedigung verſchafft; dieſe ſind ihm alle gleichmäßig verhaftet. Er iſt hierbei den allgemeinen Principien gemäß berechtigt, die Wünſche und ſelbſt den Vortheil des Schuldners ſeinen eigenen Intereſſen nachzuſetzen, und er hat namentlich auch nicht auf einen ſpätern Pfandgläubiger Rückſicht zu nehmen, welcher eine Nachhypothek an einer einzelnen, dem Generalpfand des erſten unterworfenen Sache hat [2]). Selbſt dann kann er ſich an die mit der ſpeciellen Nachhypothek belaſtete Sache halten, wenn er vorher die Execution gegen andere Pfänder einleitete, und wenn dieſe in Folge ſeiner eigenen Unthätigkeit zu keinem Reſultat führte [3]). Der Nachhypothekar kann ſich gegen den Generalpfandgläubiger nur durch Ausübung des jus offerendi ſchützen.

Andere Grundſätze treten natürlich ein, wenn, wie das nicht ſelten in Rom geſchah, dem Pfandgläubiger zunächſt gewiſſe ſpecificirte Sachen verpfändet wurden, das übrige Vermögen aber nur für den Fall, daß ſich der Gläubiger aus den zuvörderſt verpfändeten Stücken nicht erholen könne. Man faßte hier die Generalhypothek als eine Pfandbeſtellung unter einer Bedingung auf, die erſt dadurch purificirt wurde, daß der Gläubiger die in erſter Linie verpfändeten Objecte rechtzeitig in Anſpruch nahm, und daß ſie nicht zu ſeiner Befriedigung ausreichten. Einen ſolchen Fall beſpricht Papinian libro 3 responsorum l. 2 D. qui potiores in pignore 20. 4.

> Qui generaliter bona debitoris pignori accepit, eo potior est, cui postea praedium ex his bonis datur: quamvis ex

1) Von ältern Diſſertationen vgl. Wordenhoff diss. de concursu . . utriusque hypothecae tum generalis tum specialis. Traj. ad Rhenum 1752 (in Oelrichs thes. vol. I. II. p. 691). Roch diss. de concursu . . Giessae 1782, dann Weber vom pignore tacito subsidiario in ſeinen Verſuchen über das Civilrecht S. 117 flgnde. Glück Bd. 18 S. 235 ff. Zimmern in Linde's Zeitſchrift Bd. 1 S. 47 ff. Schröter eod. I. S. 327 ff. Hepp Archiv f. c. Pr. Bd. 9 n. 19. Thibaut ebendaſ. Bd. 17 S. 1 flgnde.

2) l. 2 D. qui pot. 20, 4. l. 6 C. qui pot. 8, 18. a. Anſ. Alef de viribus hypothecae generalis 1762 und die bei Glück S. 235 Anm. 21 Cit.

3) So Pufendorf observat. IV. obs. 175. Geſterding Pfandr. S. 389.

Digitized by Google

ceteris pecuniam suam redigere possit. Quod si ea conventio prioris fuit, ut ita demum cetera bona pignori haberentur, si pecunia de his, quae generaliter accepit, servari non potuisset: deficiente secunda conventione, secundus creditor in pignore postea dato non tam potior quam solus invenietur.

Auffallend ist die Convention, deren Papinian im zweiten Satz gedenkt, wonach zunächst das generaliter Verpfändete haften soll, dann erst das übrige Vermögen. — Die Glosse versteht unter dem übrigen Vermögen bestimmte, einzelne, von der zunächst bewilligten Generalhypothek ausgenommene in zweiter Linie verpfändete Objecte [4]). Zur Unterstützung liest Faber statt „cetera bona" „certa bona" [5]); während Cujacius statt „generaliter" „specialiter" setzte [6]) und hiermit den umgekehrten Fall einer primären Specialhypothek und einer subsidiär zugestandenen Generalhypothek ponirte.

Allein die florentinische Lesart wird vollständig bestätigt durch die Basiliken. Sie erklärt sich daraus, daß der Ausdruck „quae generaliter accepit" nach dem Sprachgebrauch zur Zeit Papinians nicht nothwendig eine Generalhypothek, sondern ebensogut eine jede andere generell gefaßte Convention bezeichnen konnte [7]). Die Fassung des Papinian vorgelegten Pfandvertrags war etwa: Ich verpfände dir die Vermögensstücke, die ich von meinem Vater ererbt habe, und, falls diese nicht ausreichen sollten, mein übriges Vermögen [8]).

Mit der erwähnten bedingten Convention steht offenbar nicht auf gleicher Linie der Fall, daß der Schuldner einige specielle Vermögensobjecte und außerdem sein ganzes übriges Vermögen verpfändet. Gleichwohl kann hier der Gläubiger zunächst auf die Specialpfänder verwiesen werden, durch das s. g. beneficium excussionis realis. Von welchen Personen, unter welchen Umständen und auf welchen Rechtsgrund hin?

---

4) So auch Glück Bd. 18 S. 247 ff. Bachofen Pfandr. S. 187 ff. Bangerow § 389 Anm. 2 1). Aehnlich Baumbach Vertheidigung einer florentinischen Lesart. Jena 1820.

5) Conjecturae VI. 13.

6) Cujacius obs. XI. 32 und Resp. Papin. ad h. l. Ebenso liest Holoander; die Lesart wird gebilligt von Bachov de pignoribus lib. IV. cap. 5. Thibaut Archiv f. c. Pr. Bd. 17 S. 9 u. A.

7) vgl. oben Bd. 1. S. 503 Anm. 9.

8) Der Ausdruck cetera bona bedeutet also auch hier die Generalhypothek am Gesammtvermögen, wie in l. 1 D. de distr. pign. 20, 5.

Digitized by Google

§ 142 III. Das ſogenannte beneficium e… realis [1]).

Der Generalpfandgläubiger kann regelmäßig na… und Gutdünken entſcheiden, aus welchen Vermögens… ners er ſich Befriedigung verſchafft; dieſe ſind i… verhaftet. Er iſt hierbei den allgemeinen Princip… die Wünſche und ſelbſt den Vortheil des Schul… Intereſſen nachzuſetzen, und er hat namentlich … ſpätern Pfandgläubiger Rückſicht zu nehmen, wel… an einer einzelnen, dem Generalpfand des erſten … hat [2]). Selbſt dann kann er ſich an die mit d… thek belaſtete Sache halten, wenn er vorher die … Pfänder einleitete, und wenn dieſe in Folge ſe… keit zu keinem Reſultat führte [3]). Der Nachhyp… den Generalpfandgläubiger nur durch Ausübu… ſchützen.

Andere Grundſätze treten natürlich ein, we… in Rom geſchah, dem Pfandgläubiger zunächſt … verpfändet wurden, das übrige Vermögen aber … ſich der Gläubiger aus den zuvörderſt verpfänd… len könne. Man faßte hier die Generalhypoth… lung unter einer Bedingung auf, die erſt dadu… der Gläubiger die in erſter Linie verpfändeten … ſpruch nahm, und daß ſie nicht zu ſeiner … Einen ſolchen Fall beſpricht Papinian libro … qui potiores in pignore 20. 4.

> Qui generaliter bona debitoris pi… > est, cui postea praedium ex his …

---

1) Von ältern Diſſertationen vgl. Wordenhoff … que hypothecae tum generalis tum specialis. T… richs thes. vol. I. II. p. 691). Roch diss. de c… Weber vom pignore tacito subsidiario in ſein… S. 117 flgnde. Glück Bd. 18 S. 235 ff. Zimm… S. 47 ff. Schröter eod. I. S. 327 ff. Hepp A… baut ebendaſ. Bd. 17 S. 1 flgnde.

2) l. 2 D. qui pot. 20, 4. l. 6 C. qui p… hypothecae generalis 1762 und die bei Glück …

3) So Pufendorf observat. IV. obs. 175 …

Digitized by Google

[redacted]

den generell verpfändeten
erpfändeten ein unbedingtes
t: jurisdictio temperanda
t auf einen stillschweigenden
Obrigkeit, bei der Ausübung
strengen Rechts eintreten zu

[redacted]

diese obrigkeitliche Intervention
ältnisses entnimmt. Wir sehen
wodurch der Schuldner außer
faßt, auch noch bestimmte Ein-
en Blick eine überflüssige Wie-
t aber eine solche Hervorhebung
dicht sowohl deswegen, weil die
ch einigen Richtungen hin vor-
rund, weil durch jene Hervor-
re Garantie gegeben wird, daß
rten und nicht bereits anderweitig
falsch, so konnte der Pfandnehmer
tellen und, falls ihn der Schuld-
auf criminelle Bestrafung dessel-
durch die besondere Erwähnung
e einen besonderen Werth auf ihre
im Schuldner umgekehrt die Er-
iger zunächst an diese Stücke hal-
Garantie empfangen hatte. Eine
heint, weit entfernt von einem ei-
bloß bedingten Bewilligung einer
ißte sie den Kaiser den Gläubiger
n, wenn es fest stand, daß die-
uchs. Nach dieser Auffassung ist

[redacted]

maj. 4, 6. — l. 17 pr. D. de usuris

ach Statt bei einer gesetzlichen Generalhy-
hypothek. Westphal § 35 not. 53. a. Anf.

Digitized by Google

dies iſt näher zu unterſuchen. Sanctionirt wurde dieſe Rechtswohlthat durch Severus und Antoninus (a. 204).

> l. 2 C. de pignoribus 8, 14. Quamvis constet, specialiter quaedam et universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse, et aequale jus in omnibus habere, jurisdictio tamen temperanda est. Ideoque si certum est, posse eum ex his, quae nominatim ei pignori obligata sunt, universum redigere debitum, ea, quae postea ex eisdem bonis pignori accepisti, interim non auferri praeses jubebit.

Hinſichtlich der Motive und der leitenden Idee dieſer Beſtimmung exiſtiren zwei entgegengeſetzte Auffaſſungen. Nach der einen liegt in dieſer kaiſerlichen Verordnung keinerlei Singularität, ſondern nur die Interpretation eines ſtillſchweigenden Vertrags [9]). Der Kaiſer habe, behauptet man, die Convention, wodurch neben dem Geſammtvermögen noch Einzelnes verpfändet wurde, aufgefaßt, als liege darin ſtillſchweigend die Uebereinkunft, daß ſich der Gläubiger zunächſt an das ſpeciell Verpfändete halten wolle. Dieſe Auffaſſung führte aber conſequent zu einer Unterſcheidung. Kommt ein Generalpfand zu einer Specialhypothek hinzu, ſo ließe ſich allenfalls als Abſicht der Contrahenten die ſubſidiäre Haftung des Generalpfands unterſtellen; beſtand dagegen eine Generalhypothek, und wurde, was freilich ſelten geſchehen wird, erſt ſpäter eine Specialhypothek bewilligt, ſo wäre es im höchſten Grade unnatürlich, anzunehmen, daß die Abſicht beſtanden hätte, die bereits früher bewilligte Generalhypothek nur in subsidium haften zu laſſen. Hier alſo erachtet man das beneficium excussionis realis als nicht anwendbar [10]).

Die andere Auffaſſung ſieht dagegen in unſerer Beſtimmung eine beſondere, auf Billigkeit gegründete Rechtswohlthat [11]). Dieſe Betrachtungsweiſe ſcheint uns die richtige, ſie ſtimmt allein mit dem Ausdruck der kaiſerlichen Verordnung überein. Es wird hier mit dürren Worten geſagt, daß der Gläubiger aequale jus in omnibus habere, was

9) So faßte die Sache ſchon Cujacius ad l. 2 D. qui pot. 20, 4 resp. Papiniani lib. 3. Unter den Neuern Zimmern l. c. S. 47 ff. Thibaut Archiv l. c. S. 15. Vangerow § 389 Anm. 2 a. Windſcheid Pand. I. S. 619.

10) So Thibaut Archiv l. c. S. 4 ff. Vangerow l. c.

11) So u. A. Glück l. c. S. 240. Geſterding Pfandr. S. 390. vgl. neuerdings Brinz Pand. I. S. 341.

Digitized by Google

unvereinbar mit der Annahme ist, daß er an den generell verpfändeten Objecten nur ein bedingtes, an den speciell verpfändeten ein unbedingtes Pfandrecht habe. Wenn der Kaiser fortfährt: jurisdictio temperanda est [12]), so zeigt auch dies, daß er sich nicht auf einen stillschweigenden Vertrag stützt, sondern auf das Recht der Obrigkeit, bei der Ausübung der Rechtspflege gewisse Milderungen des strengen Rechts eintreten zu lassen [13]).

Hiermit wird nicht geleugnet, daß diese obrigkeitliche Intervention ihre Motive den Besonderheiten des Verhältnisses entnimmt. Wir sehen dieselben in Folgendem: Der Vertrag, wodurch der Schuldner außer der Generalhypothek, die schon Alles umfaßt, auch noch bestimmte Einzelobjecte verpfändet, scheint auf den ersten Blick eine überflüssige Wiederholung zu enthalten, in Wirklichkeit ist aber eine solche Hervorhebung für den Pfandgläubiger sehr wichtig. Nicht sowohl deswegen, weil die Stellung des Specialpfandgläubigers nach einigen Richtungen hin vorzüglich gesichert ist [14]), als aus dem Grund, weil durch jene Hervorhebung dem Pfandgläubiger die besondere Garantie gegeben wird, daß jene Stücke dem Verpfänder wirklich gehörten und nicht bereits anderweitig verpfändet waren. Waren diese Angaben falsch, so konnte der Pfandnehmer eine actio pigneratitia contraria anstellen und, falls ihn der Schuldner doloserweise getäuscht hatte, selbst auf criminelle Bestrafung desselben dringen. Da also der Gläubiger durch die besondere Erwähnung dieser Objecte gezeigt hatte, daß er gerade einen besonderen Werth auf ihre Verpfändung lege, so konnte leicht beim Schuldner umgekehrt die Erwartung entstehen, daß sich der Gläubiger zunächst an diese Stücke halten werde, derentwegen er besondere Garantie empfangen hatte. Eine solche Erwartung ist aber, wie uns scheint, weit entfernt von einem eigentlichen Vertrag oder gar von einer bloß bedingten Bewilligung einer Generalhypothek. Gleichwohl veranlaßte sie den Kaiser den Gläubiger auf die Specialpfänder zu verweisen, wenn es fest stand, daß diesem hierdurch keinerlei Nachtheil erwuchs. Nach dieser Auffassung ist

---

12) cfr. l. 16 D. ex quibus causis maj. 4, 6. — l. 17 pr. D. de usuris 22, 1.

13) Das beneficium findet daher auch Statt bei einer gesetzlichen Generalhypothek und einer conventionellen Specialhypothek. Westphal § 35 not. 53. m. Anf. Leyser spec. 225 med. 7.

14) Bangerow § 389 Anm. 2.

Digitized by Google

es gleichgültig, ob die Generalhypothek oder die Specialhypothek zuerst bewilligt war [15]).

Die l. 2 C. de pignoribus gewährt unſer beneficium dem nachſtehenden Pfandgläubiger für den Fall, daß er im Beſitz der Pfandſache iſt, und daß der Generalhypothekar eine actio hypothecaria gegen ihn anſtellt. Es erhebt ſich die Frage, ob auch andere Perſonen, insbeſondere der Schuldner ſelbſt oder ein dritter Erwerber des Pfandes gleiches Recht habe. Für die Beantwortung iſt die Auslegung der l. 9 C. de distractione pignorum 8, 28 von entſcheidender Bedeutung.

> Quae specialiter vobis obligata sunt, debitoribus detrectantibus solutionem, bona fide debetis et solemniter vendere; ita enim apparebit, an ex pretio pignoris debito satisfieri possit. Quodsi quid deerit, non prohibemini etiam cetera bona jure conventionis consequi.

Beſchäftigt ſich unſer Geſetz mit demſelben Verhältniß, wie die l. 2 Cod. cit.? Manche nehmen an, es ſeien in dem hier vorgetragenen Fall nur Specialpfänder bewilligt geweſen, und der Kaiſer entſcheide, daß das hieraus nicht Erlöſte immer noch auf dem Weg der perſönlichen Klage und der ſich anſchließenden Vermögensexecution erlangt werden könne [16]). Indeſſen zeigen die Worte „jure conventionis" offenbar darauf hin, daß dem Gläubiger das Geſammtvermögen des Schuldners verpfändet war. Andere unterſtellen, daß zunächſt eine Specialhypothek und dann nur bedingter Weiſe für den Fall, daß dieſe nicht ausreichen würde, eine Generalhypothek bewilligt worden ſei [17]). Aber hiergegen ſpricht, daß damit die wichtigſte Prämiſſe, nämlich die bedingte Faſſung der Generalhypothek in die Stelle erſt hereingetragen würde. Endlich weiſt auch die Ausdrucksweiſe „non prohibemini" entſchieden darauf hin, daß es ſich hier um eine richterliche Einwirkung auf das Pfandverhältniß, nicht um die Auslegung einer Parteiconvention handle. Wir werden daher zu dem Schluß gedrängt, daß in der That Diocletian unſern Fall behandelte, in welchem eine Generalhypo-

15) Auch iſt es ohne Bedeutung, ob der nachſtehende Gläubiger bloß eine Specialhypothek oder eine Generalhypothek hat. a. Anſ. Pufendorf obs. vol. IV. obs. 127. Glück Bd. 18 S. 241.

16) Wordenhoff l. c. § 11. Glück Bd. 18 S. 244. Auch Geſterding Pfandr. S. 392.

17) Roch diss. cit. § 21. cfr. Geſterding l. c.

Digitized by Google

thek und daneben ein Specialpfand bewilligt war. Es hatte sich der Gedanke, den Alexander 80 Jahre vorher ausgesprochen hatte, in der Zwischenzeit weiter entwickelt, und es wurde, wie wir aus der l. 9 entnehmen müssen, der Gläubiger nicht nur vom Nachhypothekar, sondern auch vom Verpfänder und dessen Successoren im Eigenthum auf das Specialpfand verwiesen. Daß dagegen ein dritter Besitzer der Sache, der in keinem Successionsverhältniß zum Schuldner steht, unsere Einrede gleichfalls habe, ist wenigstens nicht ausdrücklich bezeugt und nach dem Gedanken, der dem beneficium zu Grunde liegt, wonach es direct oder indirect dem Schuldner Vortheil bringen soll, nicht anzunehmen [18]).

Bestritten ist, ob der Generalhypothekar nur, wenn er eine zur Generalhypothek gehörende Sache vindicirt, durch unser beneficium gehindert ist, oder ob er selbst dann, wenn er im Besitz ist, beim Verkauf der Pfänder auf das Bestehen einer Nachhypothek Rücksicht zu nehmen hat? Das Erstere ist das richtige. Die Verordnungen, welche unser beneficium gewähren, denken nur an den Fall, in welchem der Generalpfandgläubiger den Besitz der Generalpfänder nicht hat und dieselbe mit der actio hypothecaria verfolgen will. In der l. 9 cit. deuten dies die Worte an, non prohibemini cetera bona consequi. Eine Beschränkung des Verkaufsrechts des besitzenden Gläubigers ist nicht ausgesprochen und da es sich nicht um eine bedingte Verpfändung handelt, nicht im Sinn der Verordnung.

Da unser beneficium nicht auf einem Vertrag, sondern auf einer billigen Berücksichtigung der Verhältnisse beruht, so muß es wegfallen, sowie dem Pfandgläubiger die Verfolgung der speciell verpfändeten Sachen wegen Entfernung, Kriegsunruhen besonders erschwert ist. Aus jenem Grund mußte auch das beneficium excussionis personalis der Nov. 4 Einfluß üben. Wenn der Schuldner selbst mit der actio hypothecaria auf Herausgabe von Objecten, die in die Generalhypothek fallen, belangt wird, so kann er das beneficium excussionis realis nicht geltend machen, falls sich die von ihm gestellten Specialpfänder in der Hand eines Besitzers finden, welcher den Gläubiger mittelst des beneficium excussionis personalis wieder auf den persönlichen Schuldner, den jetzigen Verklagten, zurückweisen könnte [19]). —

18) Zu diesem Resultat kommt nach längerer Erörterung der Ansichten seiner Vorgänger Negusantius de pign. VIII. 1, 20. Weiter geht Thibaut l. c. S. 24, sowie die seiner Ansicht folgen, consequenterweise.

19) Weitern Einfluß weist mit Recht ab Thibaut l. c. S. 17. Ebenso wird

Digitized by Google

Das beneficium hindert unſerer Anſicht nach den Gläubiger nicht, auf die Specialhypotheken zu verzichten, es kann ihm hieraus vom Beſitzer einer zur Generalhypothek gehörigen Sache kein Einwand entgegengeſetzt werden, weil eben dieſe nicht unter einer Bedingung conſtituirt iſt. Es iſt zuläſſig und möglich, daß der Gläubiger ſich von vornherein vorbehält, daß die Generalhypothek in keiner Weiſe durch die Specialhypothek leide [20]). Ein ſolcher Vertrag wirkt nicht nur zum Nachtheil des Verpfänders, ſondern auch aller Andern, die ſpäter in die Lage kämen, das beneficium geltend zu machen; da hier die Billigkeit unſerer Rechtswohlthat wegfällt.

§ 143 IV. Verweiſung auf den perſönlichen Schuldner. Beneficium excussionis personalis [1]).

Nach dem Recht der vorjuſtinianeiſchen Zeit hatte der Gläubiger, welchem Pfänder und Bürgen geſtellt waren, die freie Wahl, ob er den Hauptſchuldner, die Bürgen oder die Pfänder angreifen wollte. Zwar galt es als der Sache entſprechend und anſtändig, den Hauptſchuldner zunächſt anzugehen, wenn er zahlungsfähig und nicht weniger leicht zu erreichen war, als die Acceſſionen [2]); allein eine bindende Vorſchrift über die Reihenfolge, die nur zu leicht die fruchtbare Veranlaſſung zu Prozeßverzögerungen und Chicanen wird, traf man nicht. Immerhin blieb ſelbſt in der ältern Zeit der Gedanke, daß der Gläubiger zuerſt beim Hauptſchuldner anzuklopfen habe, nicht ohne allen Einfluß auf das poſitive Recht.

1) Ein Decret von Septimius Severus ſtellte feſt, daß die Fiscalbeamten zunächſt den fiscaliſchen Schuldner ſelbſt ausklagen und dann erſt die dritten Beſitzer von Pfandſachen, womöglich alle insgeſammt, zur Zahlung des vom Schuldner nicht beitreibbaren Rückſtands anhal-

---

das beneficium wegfallen müſſen, wenn man den Kläger an außer Landes gelegene Güter verweiſen will. Anderer Anſ. Stricker rechtl. Bedenken V. 20.

20) Faber Codex 8, 22 def. 10.

1) Negusantius p. VIII. m. 1 n. 11 sq. Bachov de pignoribus III. cap. 17. Lauterbach de beneficio excussionis Tubingae 1653. Schlueter de beneficio excussionis Goettingae 1775 und andere bei Glück Bd. 18 S. 365 Anm. 77 Cit. — Glück Bd. 18 S. 359 ff.

2) Cicero ad Atticum IV. 12. Quintilian declam. 273. Girtanner Bürgſchaft S. 122 ff.

Digitized by Google

ten sollten [3]). Diese Bestimmung mußte um so mehr Beifall finden, als hier der Kaiser eine Concession hinsichtlich des eignen fiscalischen Rechts machte. Auf rückständige Steuern fand die Verordnung keine Anwendung [4]). Gordian verlangte von dem dritten Besitzer, welcher sich auf diese Rechtswohlthat berief, eine Repromission wegen des Schadens, der dem Fiscus durch die vorgängige Verfolgung des persönlichen Schuldners erwuchs, dieser besteht namentlich in den Kosten, die dem Fiscus durch das Verfahren aufliefen, und die vom persönlichen Schuldner nicht beigetrieben werden konnten [5]).

Aehnliche Billigkeitsrücksichten hatten zu dem Satz geführt, daß der Bürge, der für den Stadtmagistrat eintrat, nur in Anspruch genommen werden konnte, wenn vom Hauptschuldner nichts zu erholen war. Eben deshalb konnten auch die Pfänder, welche jene Bürgen stellten, nur für den gleichen Fall angegriffen werden [6]).

2) Eine allgemeinere Bedeutung hatte folgende Verordnung Diocletians vom Jahr 290.

> l. 10 Cod. de pignoribus et hypothecis 8, 14. Debitores praesentes prius denunciationibus conveniendi sunt. Igitur si conventi debito satis non fecerint, persequenti tibi pignora seu hypothecas, quas instrumento specialiter comprehensas esse dicis, competentibus actionibus rector provinciae auctoritatis suae auxilium impertire non dubitatur.

Diese Verordnung hat die verschiedensten Auffassungen erfahren. Gewiß irrig ist die Behauptung, wonach die Vorschrift, zunächst die gegenwärtigen Schuldner anzugehen, nichts enthalten soll, als einen Rath, welchen der Kaiser dem Gläubiger giebt, der anständig zu Werke gehen will [7]). Ebensowenig richtig ist es, wenn Manche aus der Verordnung herauslesen wollen, daß jeder Anstellung der Klage zuvörderst eine Mahnung vorhergehen müsse, um hierdurch den Schuldner in Verzug zu setzen [8]), die Klaganstellung ist vielmehr zulässig ohne vorgängigen Verzug des Schuldners, und dies muß auch für die Pfandklage

3) l. 47 D. de jure fisci 49, 14. Paulus lib. 1 decret.

4) l. 7 D. de publicanis 39, 4.

5) l. 1 C. de conveniendis fisci debitoribus 10, 2.

6) l. 1 C. de decurionibus 10, 31. l. 17 § 2 D. ad municip. 50, 1. l. 3 § 4. D. de adm. rerum 50, 8.

7) gl. ad h. l. ex urbanitate. So auch Sintenis Pfandr. S. 561 u. A.

8) Glück Bd. 18 S. 328.

Digitized by Google

gelten. Auch das kann aber nicht zur Erklärung hinreichen, daß die allgemeine Form der Prozeßeinleitung zu Diocletians Zeit die Denunciation gewesen sei, und daß der Kaiser nur auf sie verweisen wolle [9]. Denn unsere Denunciation wird ausdrücklich als etwas der Prozeßführung Vorgehendes, ihr Fremdes bezeichnet; und wäre dies nicht der Fall, so hätten die Compilatoren bei der veränderten Form der Prozeßeinleitung zu ihrer Zeit die fragliche Denunciation nicht mehr beibehalten können [10].

Wir supponiren was bei einem Rescript gestattet scheint, daß Diocletian eine Pfandklage gegen dritte Besitzer von Pfändern vor Augen hatte. Er fordert nun nicht, daß der Gläubiger vor Betreibung des Pfands die persönliche Klage gegen den Schuldner durchführe, noch weniger, daß er den abwesenden Schuldner aufsuche; doch sollte er wenigstens, so weit es ohne Weitläufigkeit geschehen kann, durch eine vorgängige Mahnung des Schuldners den Versuch machen, ob er von diesem die Schuldsumme erhalten kann, ehe er die Pfänder in dritter Hand betreibt. Hierdurch erklärt sich noch eine andere Erscheinung. Die Praxis zur Zeit Diocletians scheint versucht zu haben, dem Rescript dieses Kaisers eine weitere Ausdehnung gegeben zu haben, indem man behauptete, durch die Vorschrift: debitores prius denunciationibus conveniendi sunt, sei vor der Pfandklage vorgängige Durchführung der persönlichen Klage gegen den Schuldner gefordert. Eine solche Auslegung konnte um so leichter Eingang finden, als in jener Zeit der Prozeß durch Denunciationen eingeleitet wurde. Diesem Umstand verdankt, wie uns scheint, eine Reihe von Rescripten die Entstehung [11], in welchen Diocletian auf's schärfste hervorhebt, daß dem Creditor die Wahl zwischen der persönlichen und der Pfandklage zustehe. Anders wäre es unbegreiflich, warum Diocletian einen, bis dahin unbezweifelten Rechtssatz so oft und so nachdrücklich ausspricht.

---

9) Thon in Linde's Zeitschrift Bd. 8. S. 44. cfr. Bethmann-Hollweg Gerichtsverfahren S. 249.

10) Huschke Linde's Zeitschrift Bd. 20 S. 165 (früher schon Ranchinus bei Otto thes. V. p. 969) nimmt dagegen an, die Denunciation sei bei der actio hypothecaria deßhalb stets nöthig, weil diese einen Anfang der Execution enthalte.

11) Es liegt auch in der Form der Rescripte eine Anspielung auf jene Verordnung. l. 14 C. de oblig. 4, 10. l. 14. C. de pignoribus 8, 14 creditore potestatem habere, utrumne personali obligatos sibi an pignora possidentes in rem actione convenire velint. l. 24 C. eod.

Digitized by Google

Juſtinian änderte bei Abfaſſung ſeiner Geſetzſammlung nichts an dem bisherigen Zuſtand. Allein bereits im Jahr 535 erließ er die bekannte Novelle, wodurch er vorſchrieb, daß zuerſt der Hauptſchuldner, dann der Bürge und zuletzt erſt der dritte Beſitzer, welcher Pfandobjecte inne hatte, belangt werden ſollte. Hierzu kam die weitere Beſtimmung, gleichſam ein zweites beneficium, daß der Dritte, welcher von Bürgen verpfändete Gegenſtände inne hatte, den Gläubiger zunächſt auf die vom Schuldner geſtellten, wenn auch jetzt gleichfalls in den Händen dritter Beſitzer befindlichen Pfänder verweiſen könne [12]). So wohlmeinend dieſe Verordnung war, ſo konnte doch ihr praktiſcher Erfolg nicht befriedigend ausfallen. Sie gab den Bürgen, den dritten Pfandbeſitzern ein fruchtbares Mittel der Prozeßverzögerung in die Hand, das in der juſtinianeiſchen Zeit gewiß auf's Aeußerſte ausgebeutet wurde. Inſoweit die Novelle den Bürgen betraf, konnte ſich der Gläubiger einigermaßen ſichern, indem er ihn von vornherein auf die Einrede der Vorausklage verzichten ließ [13]). Dagegen war er ſchutzlos, wenn der Schuldner die Pfandobjecte an Dritte veräußerte und hierdurch ihre Verfolgbarkeit erſchwerte.

Ob nun Juſtinian aus ſolchen Gründen ſeine Neuerung wieder beſchränkt hat, dies hängt von der Auslegung der Novelle 112 cap. 1 ab. Juſtinian erklärt hier zunächſt, von der Litigioſität handeln zu wollen; fährt dann fort, bei den Hypotheken ſolle von einer Litigioſität keine Rede ſein; vielmehr ſolle der Schuldner die ſpeciell verhypothecirten Sachen zu jeder Zeit verkaufen können, wenn er den Gläubiger aus dem Erlös befriedige; dagegen verordnet er:

> Si debitor hoc non fecerit, creditori, qui hypothecam in re vendita habet, facultatem concedimus illam vindicandi, donec de debito ipsi satisfiat.

Beabſichtigt nun — dies iſt die Frage — Juſtinian, dem Gläubiger für den beſprochenen Fall die Pfandklage gegen den Käufer zuzugeſtehen [14]), auch ohne daß er vorher den Schuldner ausgeklagt hat,

---

12) Brinz Pand. S. 341 „personale iſt das beneficium im letztern Fall freilich nicht mehr". Arndts Pand. § 378 Anm. 4.

13) Juſtinian geſtattet dies ausdrücklich in nov. 136 cap. 1, ja er verweiſt auf den Verzicht als ein natürliches Mittel der Abhülfe.

14) Für die erſte Anſicht Conradi de beneficio excussionis possessori hypothecae specialis non competente Helmstadii 1747. Löhr Archiv f. c. Pr. Bd. 26 S. 6 ff Für die Beſchränkung des benef. auf die Generalhypothek war

Digitized by Google

oder iſt anzunehmen, daß die Klage eingeräumt wird salvo jure excussionis? [15]). Für das Letztere führt man an, daß Juſtinian nicht ausdrücklich erkläre, er wolle für dieſen Fall das beneficium excussionis abſchaffen und das ältere Recht wiederherſtellen. Wenn es auch richtig ſei, daß die Zulaſſung der actio hypothecaria, im Fall der Gläubiger nicht befriedigt ſei, ſelbſtverſtändlich ſei, ſo finde ſich doch Hervorhebung ſelbſtverſtändlicher Beſtimmungen bei Juſtinian häufig, und es ſei nicht nothwendig, zu unterſtellen, daß er mit dem Zugeſtändniß der Pfandklage die Zuläſſigkeit ihrer Anſtellung vor Ausklagung des perſönlichen Schuldners gemeint habe.

Uns ſcheint die entgegengeſetzte Anſicht die richtige. Offenbar will der Kaiſer dem Gläubiger dafür, daß er dem Schuldner den Verkauf der Sache geſtattet [16]), eine Conceſſion machen. Wenn er nun beſtimmt, der Gläubiger habe, wenn er aus dem Erlös der Kaufſache nicht befriedigt werde, die Macht, ſie zu vindiciren, ſo iſt es wenig natürlich, zu ſuppliren, daß dies nur für den Fall gelte, wenn der Schuldner bereits ausgeklagt und durcherequirt iſt.

§ 144. Fortſetzung.

Hinſichtlich des Details der Theorie des beneficium excussionis nehmen folgende Punkte unſere Aufmerkſamkeit in Anſpruch.

---

die ältere Praxis überwiegend, z. B. Carpzov p. II. c. 18 def. 17 u. 18. Hahn (Henning) de exc. excuss. 1722. Redeker de benef. exc. Helmstadt 1737.

15) Für die zweite Anſicht Glück Bd. 18 S. 370. Fritz Erl. S. 537. Bangerow I. § 389. Knorr Archiv f. c. Pr. Bd. 28 S. 199 ff. Buſch Archiv f. c. Pr. Bd. 31. S. 207. Seuffert Archiv Bd VII. 11.

16) Vielleicht iſt folgende Hypotheſe geeignet, den Geſammtzuſammenhang der Novelle aufzuhellen. In der Praxis empfand man bald die nachtheiligen Wirkungen des dem Pfandbeſitzer eingeräumten beneficium excussionis; man fand daſſelbe beſonders unbillig bei Specialpfändern. Die Praxis ſuchte daher den Gläubiger dadurch zu ſichern, daß ſie Specialpfänder geradezu als litigios anſah und ihre Veräußerung als nichtig betrachtete. War auch noch keine gerichtliche Klage erhoben, ſo war doch, konnte man argumentiren, die Sache ſpeciell als Executionsobject beſtimmt, es lag alſo eine gewiſſe Analogie mit dem Fall einer Klaganſtellung vor. In Folge dieſer Auffaſſung, die freilich eine tendenziöſe war, ſprach man dem dritten Beſitzer einer ſpeciell verpfändeten Sache das beneficium excussionis ab. Juſtinian ging nun freilich auf eine ſolche Auffaſſung nicht ein, erklärte indeſſen die Pfandklage wegen ſpeciell verpfändeter aber vom Schuldner verkaufter Objecte für zuläſſig, ohne daß das beneficium excussionis ein Hinderniß bilden ſoll. Bei einer Generalhypothek hingegen, verordnet er, ſoll das alte Recht unangetaſtet bleiben.

Digitized by Google

1) Wem steht das beneficium zu? Die Novelle antwortet: Dritten, welche Vermögensstücke des Schuldners haben (εἰ παρ' ἑτέρων κατέχοιτο). Der Jurisprudenz bleibt die Aufgabe, dies näher zu bestimmen. Unzweifelhaft hat die Einrede nicht nur der Besitzer, welcher Eigenthümer der Pfandsache wurde, sondern schlechthin jeder bonae fidei possessor, selbst wenn er in Wirklichkeit kein Recht an der Sache haben sollte. Auch unterscheidet das Gesetz nicht, ob der Verklagte Rechtsnachfolger des Verpfänders ist oder in anderer Weise den Besitz erlangte. Selbst der Schenknehmer hat das beneficium. Denn wenn man ihm entgegenhalten könnte, daß er, um Gewinn zu erhalten, der Creditor aber, um Verlust zu vermeiden, streitet, so ist dies um deßwillen hinfällig, weil die Einrede nur einen dilatorischen Charakter trägt [1]). Auch macht es keinen Unterschied, ob der Besitzer die Existenz des Pfandrechts im Moment des Erwerbs gekannt hat oder nicht; das Gesetz billigt dem dritten Besitzer schlechthin die Exception zu, und dieser kann sich darauf berufen, daß er den Erwerb gerade mit Rücksicht auf ihren Schutz gemacht habe [2]). Anders steht es dagegen, wenn der Erwerber die Sache unter der Auflage erhielt, daß er die Hypothek übernehme, oder daß er den Pfandgläubiger abzahlen solle, selbst wenn der Hypothekar an dem Vertrag keinen Antheil nahm und in denselben nicht willigte. Zwar ließe sich behaupten, daß der Gläubiger, welcher aus dem Vertrag zwischen Dritten keine Rechte erwerben kann, auch nicht befugt sei, aus demselben eine Befreiung von der Excussionseinrede herzuleiten. Allein es wäre gewiß gegen den Geist des Gesetzes, daß der Besitzer, dem hier die Zahlung vorzüglich obliegt, eine Einrede benutzte, die eben nur dazu bestimmt ist, den zunächst Betheiligten zuvörderst zur Zahlung anzuhalten [3]). Zweifelhaft ist, ob dem malae fidei possessor unsere Einrede zu Gute kommt; das Gesetz distinguirt nicht; aber nach allgemeinen Principien ist ihm die Einrede nicht weniger, wie das beneficium cedendarum actionum abzusprechen. Wie soll sein Unrecht und sein Dolus ein Hinderniß abgeben für die Verfolgung der wohl begründeten Rechte des Klägers. Dem malae fidei possessor fehlt ein rechtliches Interesse am Besitz, es sei denn wegen

1) Gegen das beneficium des Beschenkten Berger oeconomia juris lib. II. tit. 5 thes. 13 not. 5. Dafür Glück Bd. 18 S. 382.

2) a. Anf. bei Glück S. 380 Anm. 5 Citirte.

3) So auch Cod. Fabr. 8, 6 def. 33.

Digitized by Google

nothwendiger Verwendungen, welche er auch dem Gläubiger, welcher die actio hypothecaria anſtellt, entgegenſetzen kann [4]). Wie beim beneficium cedendarum actionum läßt ſich auch hier ſtreiten, ob der Detentor, der das Pfand im Namen des Schuldners inne hat, unſere Einrede geltend machen kann. Zwar der Depoſitar, der am Beſitz kein eigenes Intereſſe hat, wird ſich höchſtens, im Fall er Anſprüche wegen Verwendungen hat, die er dem Gläubiger gegenüber durch Retention nicht ſerviren kann, auf die Einrede berufen dürfen; dagegen wird ſie dem Commodatar und insbeſondere dem Miether bei der Allgemeinheit der juſtinianeiſchen Dispoſition kaum zu verſagen ſein. Jedenfalls kann ſich der Uſufructuar auf die Einrede berufen, da er ein eigenes und ſelbſtſtändiges dingliches Recht exercirt. Nach dem Wort des Geſetzes könnte man verſucht ſein, auch dem Nachhypothekar, der ſich im Beſitz der Pfandſache befindet, unſere Einrede zu gewähren [5]). Indeſſen hat Juſtinian gewiß nicht den Conflict zwiſchen Hypothekarien im Auge gehabt, und ihr durch das alte Recht genügend geordnetes Verhältniß iſt nicht geändert. Nicht unbedenklich iſt endlich die Frage, ob der Partialerbe des Schuldners, welcher die von dieſem verpfändete Sache beſitzt, ſich der Excuſſionseinrede bedienen kann, wenn er die auf ihn perſönlich fallende Rate der Erbſchaftsſchuld getilgt hat. Dies iſt ſtreng genommen zu bejahen, da er jetzt als Nichtſchuldner beſitzt. Die gemeine Meinung und die Praxis entſchied ſich jedoch ſeit der Zeit der Gloſſatoren für die entgegengeſetzte Anſicht [6]), weil er immerhin den Beſitz des Pfandobjects als Erbe inne hat und in dieſer Qualität nicht einem Fremden, ſondern dem Verpfänder ſelbſt gleichgeachtet wird [7]).

2) Das beneficium ſteht entgegen dem Hypothekar, welcher ſich

---

4) Gegen den malae fidei possessor ſind u. A. Anton Faber de error. pragmatic. dec. 6 err. 3. Geſterding Pfandrecht S. 388. Für den m. f. possessor iſt u. A. Glück Bd. 18 S. 380 ff.

5) Cod. Fabr. 8, 8 def. 1.

6) glossa in l. mulier (19) D. qui pot. in pignore. Bartolus Salicetus ibid. Negusantius p. VIII. m. 1 n. 16. Bachov l. c. n. 2 Cod. Fabr. 6, 6 def. 5. Seuffert Archiv Bd. 6 n. 317 Bd. 7. n. 157. Wenig beweiſt freilich die häufig angezogene l. 2 C. si unus ex pluribus 8, 32.

7) Der Bürge, welcher die vom Hauptſchuldner zur Hypothek verſchriebenen Sachen in Händen hat, kann nach Excuſſion des Hauptſchuldners natürlich ebenſowohl mit der Pfandklage als mit der perſönlichen belangt werden, da er nicht eine vorgängige Excuſſion des eignen Vermögens fordern kann. Glück Bd. 18 S. 366. Sintenis Pfandrecht S. 568.

Digitized by Google

den Besitz der Pfandsache verschaffen will [8]), ehe er die persönlichen Schuldner ausgeklagt hat, dagegen gewiß nicht dem Gläubiger, der den Besitz, den er bereits gehabt hat, oder dem prätorischen Pfandgläubiger, welcher die Detention, in die er eingewiesen war, verlor [9]). Hierfür spricht, wie uns scheint, die Tendenz der Constitution, welche dem Creditor, der zum Angriff schreitet, eine bestimmte Norm vorschreibt, aber nicht sein Recht auf Wiederherstellung eines legal begründeten Zustands beschränken wollte [10]).

3) Es wäre vernünftig gewesen, wenn Justinian vom Bürgen und Pfandbesitzer, die sich zur Ablehnung ihrer gehörig begründeten Verbindlichkeit auf das beneficium berufen, den Nachweis verlangt hätte, daß noch Vermögen des Schuldners existire, so daß sie die Objecte angeben müßten, aus denen sich der Gläubiger zuvörderst befriedigen sollte. Doch der Kaiser geht offenbar viel weiter. Er fordert für die Regel, daß der Gläubiger den persönlichen Schuldner [11]) zuerst beklage und erst dann gegen den Pfandbesitzer vorgehe, wenn dieser Versuch ohne vollständigen Erfolg war. Immerhin ist die vorgängige Ausklagung der persönlichen Schuldner nicht Bedingung der Geltendmachung des Pfandrechts geworden [12]); der Gläubiger hat daher nicht in seiner Klage zu substantiiren, daß er den Schuldner bereits erequirt habe; es steht ihm ein vollständig begründeter Anspruch zur Seite, gegen welchen der Schuldner die Einrede der Excussion erheben kann [13]). Der Nachweis der geschehenen Excussion des Schuldners ist dann wieder vom Gläubiger zu führen.

---

8) Hinsichtlich verpfändeter nomina siehe Bd. I. S. 465 Anm. 12.

9) a. Anf. Löhr Archiv Bd. 26 S. 5. cfr. Glück Bd. 18 S. 377.

10) So ist auch der Ausdruck gewählt *οὐ μὴν οὐδὲ ἐπὶ τὰ πράγματα χωρήσει πρότερον*. Wie wenn der debitor precario vom Creditor besaß und veräußerte? Wenigstens die Klage ex l. ult. C. de poss. scheint dann dem Creditor zuzustehen. Negus. p. VIII. 1 n. 17 in fine.

11) Auch etwaige Bürgen der Bürgen sind zuvörderst zu executiren, während die Pfänder der Bürgen in dritter Hand erst nach den Pfändern des Schuldners angegriffen werden können.

12) So auch u. A. Gesterding Pfandrecht S. 387. Sintenis Pfandr. S. 570. Girtanner Bürgschaft S. 118.

13) Adcitation der Bürgen und Pfandbesitzer im Vorprozeß gegen den Schuldner ist räthlich nicht aber nothwendig. Anderer Ansicht ist Negusantius p. VIII. m. 1 n. 12 u. 13.

Digitized by Google

Die Excussionseinrede kann in einer Reihe von Fällen aus Gründen überwiegender Billigkeit durch eine Replik beseitigt werden:

a) Wenn der Gläubiger nachweisen kann, daß der Schuldner völlig zahlungsunfähig ist, so daß eine Verfolgung desselben ohne Erfolg bleiben muß; die Excussionseinrede hat ja dann kein rechtliches Interesse für den Pfandbesitzer, es wäre dolus, wenn er den Creditor auf eine notorisch erfolglose Klage verweisen wollte [14]). Um diese Erfolglosigkeit nachzuweisen, kann sich der Creditor auf das Zeugniß der Gemeindebehörde berufen, daß der Debitor notorisch ohne Vermögen ist, Armenunterstützung genießt; er kann das Zeugniß von Executionsbeamten benutzen, die unmittelbar vorher zu Gunsten anderer Creditoren vergeblich eine Verfolgung einleiteten, nicht als res judicata, sondern als Beweismittel [15]). Mußte sich der Pfandbesitzer, weil der Debitor ohne Vermögen war, einmal auf die Pfandklage einlassen, so nützt es ihm nichts, wenn der Schuldner während der Dauer des Prozesses wieder zu Vermögen kommt oder einen solventen Erben findet [16]).

b) Das beneficium ist natürlich unanwendbar, wenn die Hauptforderung eine obligatio naturalis entweder von Anfang an war oder vor Erhebung der Pfandklage wurde [17]). So wenn die persönliche Klage verjährt ist, während die Hypothekarklage noch existirt. Die Vorklage gegen den Schuldner ist ja keineswegs zu einer Bedingung der Klage gegen den Pfandbesitzer erhoben, sondern nur gefordert, wo sie möglich und Erfolg versprechend ist.

c) Auch im Fall der Abwesenheit der persönlichen Schuldner fällt das beneficium excussionis der Pfandbesitzer weg. Dies bestimmt zwar die Verordnung ausdrücklich zunächst nur für die Klage gegen die Bürgen, aber es liegt gewiß nicht im Sinn der Verordnung Justinians, den Bürgen im Fall der Abwesenheit des Hauptschuldners die

---

14) Negusantius l. c. n. 14. Seuff. Archiv Bd. 12 n. 85.

15) Cod. Fabr. 8, 6 def. 30.

16) anders Cod. Fabr. 8, 6 def. 28. Ebensowenig hat das beneficium excussionis, wer während des Prozesses die Sache vom Verpfänder erwarb, da die Lage des Klägers während des Rechtsstreits hierdurch nicht verschlechtert werden kann. Negus. l. c. n. 17.

17) Ungegründet ist, daß die Einrede peremptorisch werde, wenn der Gläubiger die Klage gegen Hauptschuldner und Bürgen aufgab oder durch culpa verlor. Er haftet vielmehr nur für Dolus. Sieh oben S. 368.

Digitized by Google

Einrede zu versagen und sie dem Pfandbesitzer zu gewähren [18]). Auch ihm gegenüber kann sich der Gläubiger auf den Satz berufen: durum est, alio mittere. Unter Abwesenheit ist zu verstehen Entfernung vom Gerichtsbezirk, in welchem der Schuldner im Moment der Begründung des Contracts wohnt [19]). Doch kann eine Verlegung des Wohnsitzes in einer dem Gläubiger offenbar günstigen Weise z. B. nach dem Wohnort des Gläubigers nicht als Abwesenheit aufgefaßt werden, dagegen steht ihr gleich Entfernung aller erequirbaren Objecte aus dem Domicil des Schuldners [20]). Wie der Bürge kann natürlich der Pfandbesitzer vom Richter eine Frist verlangen, innerhalb deren er sich erbietet, den Schuldner am Gerichtsort zu stellen.

d) Der Natur der Sache nach muß das beneficium auch wegfallen, wenn wegen Gefährdung der Hypothek in der Hand des Besitzers etwa in Folge von Deteriorationen geklagt wird.

e) Es ist bekanntlich eine höchst bestrittene Frage, ob der dritte Besitzer des Pfands oder auch der Bürge das beneficium excussionis auch in dem Falle vorschützen könne, daß Concurs über das Vermögen des Hauptschuldners ausgebrochen sei [21]). Die ältern Juristen hielten hier die Excussionseinrede für unanwendbar, weil die Insolvenz des Schuldners in solchem Fall notorisch sei. Aber dieser Gedanke, so plausibel er auf den ersten Blick scheint, erschien doch Spätern keineswegs als zutreffend. Denn wenn auch der Schuldner insolvent ist, so steht doch um deßwillen keineswegs fest, daß der Pfandgläubiger, der vielleicht auch ein privilegium exigendi hat, nicht doch aus der Concursmasse vollständig befriedigt werde; das Gegentheil ergiebt erst das Prioritätsurtheil; vorher bleibe daher, nahm man an, das beneficium ex-

---

18) Anderer Ansicht Heimbach Linde's Zeitschrift Bd. 13 S. 392. Dagegen Löhr Archiv Bd. 26 S. 1—4. Bangerow § 389 in f.

19) Seuffert Archiv Bd. II. n. 46. Girtanner Bürgschaft S. 447.

20) Carpzov p. 2 cap. 18 def. 14. Stryk. usus modern. lib. 46, 1 n. 21. Steht der Abwesenheit gleich, wenn die hereditas jacens ist und kein Curator ernannt ist? Es ist dies wohl zu bejahen.

21) Für den Wegfall im Concurs Salgado labyrinthus credit. part. I cap. 23. Mevius decis. p. V. dec. 197 (anno 1657) p. IX. dec. 187. Leyser med. ad Pand. vol. VII. spec. 525 med. 6. Böhmer doctr. de act. sect. II. cap. 8 § 49 not. a. Walch controv. juris sect. III. p. 4 m. 2 § 13. Schweppe Concurs § 53. W. Pufendorf Observationen n. 35. vgl. noch andere bei Girtanner Bürgschaft S. 234 Citirte. Das O.-A.-G. zu Dresden Seuff. Arch. Bd. IV. n. 42. O.-A.-G. zu Kiel Seuff. Arch. Bd. VII. n. 314.

Digitized by Google

cussionis begründet [22]). Dagegen beriefen ſich Andere für deſſen Ausſchluß auf die Langwierigkeit des Concurſes, der ſich durch die gemeinſame Behandlung vieler Klagen oft übermäßig hinausziehe. Wie nun Juſtinian das beneficium verſage, falls der Hauptſchuldner abweſend ſei, ſo müſſe man die Einrede umſomehr beim Concurs ausſchließen, der weit größere Hinderniſſe darbiete. Auch hier fehlte die Entgegnung nicht; wenn der Concurs ſich nicht ſelten durch Jahrzehnte hindurch hinausſchleppt, ſo kommt es doch auch vor, daß ſich die Verhältniſſe hier ſehr raſch entſcheiden. Daher nahmen wiederum Manche an, es ſei das entſcheidende Moment, ob ſich das Concursweſen in die Länge zu ziehen drohe oder baldige Beendigung verſpreche [23]). Aber auch dieſe Mittelmeinung ließ ſich nicht behaupten [24]). Wie unbeſtimmt, hat man eingewendet, ſind die Begriffe von langer und kurzer Dauer. Oft löſt ſich der Concursprozeß, der weit ausſehende Verwicklungen vermuthen ließ, durch Einverſtändniß der Gläubiger in kurzer Zeit, bei einem andern, der einfach ſchien, thürmen ſich nach und nach die Schwierigkeiten auf. Es wäre Sache des Pfandgläubigers, der gegen den dritten Beſitzer klagte, replicando die vorausſichtlich lange Dauer des Concursprozeſſes darzuthun; zu welch langwierigen prozeſſualiſchen Streitigkeiten und Weiterungen müßte die Sache führen. Uns ſcheint das beneficium ſchlechthin im Fall eines Concurſes des Schuldners wegzufallen und zwar aus doppeltem Grund. Einmal verlangt die Novelle vorgängige Klage gegen den Hauptſchuldner; im Fall des Concurſes geht Klage und Execution nicht mehr gegen den Schuldner, vielmehr wendet man ſich gegen die Maſſe. Juſtinian aber verlangt nirgends, daß man die curatores bonorum vor den Bürgen und Pfandbeſitzern ausklagen müſſe. Ferner aber hängt es außerhalb des Concurſes zum großen Theil von der Thätigkeit und Energie des klagenden Gläubigers ab, ob das Verfahren gegen den Hauptſchuldner raſcher oder langſamer durchgeführt werde; im Concurs aber gehen alle angemeldeten Forderungen gleichen Schritt, und es iſt die Betriebſamkeit des einzelnen Gläubigers ein untergeordnetes Moment. Es verändern ſich alſo die Verhältniſſe,

22) Gegen den Wegfall ſind Erxleben de pignoribus § 319. Glück Bd. 18 S. 383. Geſterding Pfandrecht S. 388. Sintenis Pfandr. S. 570. Bangerow Pand. § 389 in f. Windſcheid Pand. I. S. 618. O.-A.-G. zu Wiesbaden Seuff. Arch. Bd. 10 n. 48, zu Darmſtadt eod. Bd. 12 n. 158.

23) Sell in Linde's Zeitſchrift Bd. 3 S. 243 ff. Girtanner Bürgſchaft S. 447 ff.

24) Dagegen Chop Archiv f. c. Pr. Bd. 15 S. 50 ff.

Digitized by Google

welche dem beneficium excussionis wenigſtens theilweiſe eine Rechtfertigung gaben.

Viertes Kapitel.

Befähigung des Pfandgläubigers zur Benutzung nichtpfandrechtlicher Rechtsmittel.

§ 145. Einleitung.

Außer den principiell zum Schutze des Pfandrechts beſtimmten Klagen, der actio hypothecaria, dem interdictum Salvianum, ſtehen dem Pfandgläubiger zahlreiche andere Rechtsmittel zu Gebote, welche nicht zunächſt und ausſchließlich für ihn geſchaffen waren, aber ſich doch eigneten, ſeinen Zwecken zu dienen [1]). Zum Exerciren von einigen dieſer Rechtsmittel iſt nicht gefordert Nachweis und Exiſtenz eines dinglichen Pfandrechts, ſondern nur der Anſchein eines Pfandrechts oder der Beſitz als Pfandgläubiger. So hat die actio ad exhibendum, welche dem Pfandgläubiger zur Vorbereitung der Pfandklage offenſteht [2]), ihr Fundament in der Thatſache, daß Kläger dem Anſchein nach Pfandgläubiger iſt, ohne daß wirkliches Beſtehen der Pfandberechtigung Bedingung des Siegs bei dieſer Klage iſt, es iſt dies um deßwillen thunlich, weil im Fall der Nichterhibition der Kläger ſein Intereſſe durch jusjurandum in litem feſtſtellt. Deßgleichen beruhen die poſſeſſoriſchen Interdicte, die dem Pfandgläubiger zuſtehen, nicht auf ſeinem Recht, ſondern auf der Thatſache, daß er das Pfand als juriſtiſcher Beſitzer innehatte. Auch mit der hereditatis petitio kann der Erbe unter Umſtänden Pfänder verfolgen. Dies einmal dann, wenn dieſelben im Beſitz des Erblaſſers waren, und zwar ohne Rückſicht auf Pfandberechtigung ſchon um der Verantwortlichkeit gegenüber dem Verpfänder willen, von dieſem Geſichtspunkt aus klagt der Erbe ſolche Objecte nicht nur dem pro herede possessor gegenüber, ſondern auch dem pro possessore possidens ein [3]). Aber auch Pfandobjecte können in die hereditatis petitio kommen, die der Erblaſſer noch nicht beſaß,

---

1) vgl. Sintenis in Linde's Zeitſchrift Bd. 7. S. 426 ff. Ihering Abh. S. 123 ff. Schmid Ceſſion S. 163 ff.

2) l. 3 § 3 § 12 D. ad exhib. 10, 4.

3) l. 19 D. de her. pet. 5, 3.

Digitized by Google

ſobald ſich der Beſitzer zur Vertheidigung auf ſeine Erbenqualität ſtützt; ſelbſt der Verpfänder kann mit dieſer Klage belangt werden, falls er die Herausgabe um deßwillen weigert, weil er Erbe zu ſein behauptet. Hier kann auch der actio de recepto gedacht werden, welche dem Gläubiger zuſteht, wenn er als Pfand erhaltene Sachen in ein Schiff oder ein Wirthshaus inferirte [4]). Andere Rechtsmittel fordern den Nachweis der Exiſtenz eines wirklichen Pfandrechts. Sie zerfallen wieder in drei Gruppen:

a) Einige dieſer Rechtsmittel haben die Beſtimmung, die dingliche Rechtsſtellung des Pfandgläubigers in ihrer Integrität zu ſchützen und eine etwa nachtheilige oder bedrohliche factiſche Veränderung aufzuheben und zu entfernen. Es gehören hierher vor Allem die actiones confessoriae und negatoriae, die operis novi nunciatio; aber auch obligatoriſche Rechtsmittel, deren nächſter Zweck die Herſtellung der Integrität der Pfandſache iſt.

b) Eine zweite Gruppe bilden die Theilungsklagen und die actio finium regundorum, welche gleichfalls auf die dingliche Stellung der Sache influiren, aber beſtimmt ſind, dieſer eine neue Geſtalt zu geben.

c) Endlich aber hat der Pfandgläubiger auch Anſprüche auf Erſatz wegen Schadenszufügung oder gar auf Strafe. Dieſe Anſprüche haben nicht den principalen Zweck, die Aufhebung factiſcher mit dem Rechte des Pfandgläubigers in Widerſpruch ſtehender Hemmniſſe zu erwirken, ſondern die öconomiſchen Folgen einer Verletzung für den Pfandgläubiger auszugleichen.

§ 146. Rechtsmittel zur Vertheidigung des Pfandrechts.

Der Pfandgläubiger hat zur Vertheidigung ſeiner dinglichen Gerechtſame vor Allem confeſſoriſche und negatoriſche Klagen:

> l. 16 D. de servit. 8, 1. Julianus libro 49 Digest. Ei qui pignori fundum accepit, non est iniquum utilem petitionem servitutis dari, sicuti ipsius fundi utilis petitio

4) Im Alterthum kam es nicht ſelten vor, daß der Eigenthümer und der Gläubiger mit den für pecunia trajectitia angeſchafften Waaren, die dem letztern verpfändet waren, reiſten. Hier ſoll der Gläubiger den Vorzug haben l. 1 § 7 D. nautae caupones 4, 9.

Digitized by Google

dabitur. Idem servari convenit et in eo, ad quem vectigalis fundus pertinet.

Da dem Pfandgläubiger die Pfandsache mit allen ihren Qualitäten und Zubehör, also auch ihren Servituten verpfändet ist, so mußte man ihm eine Klage zur Wahrung dieser Rechte zugestehen. Und zwar kann er die Servitutenklage nicht nur dann exerciren, wenn er im Besitz des Pfandobjects ist, sondern auch wenn er dieses Besitzes entbehrt [1]). Der Gläubiger stützt sich auf sein dingliches Recht, das nicht vom Besitz der herrschenden Sache abhängig ist. Bedürfniß ist die Servitutenklage für den nicht besitzenden Gläubiger besonders dann, wenn er Gefahr läuft, daß die Servitut durch non usus zu Grunde geht, oder daß sie auf Grund von baulichen Veränderungen der dienenden Sache durch usucapio libertatis erlischt. Indessen wird der Pfandgläubiger, der nicht im Besitz der Pfandsache ist, Schadensersatz nicht beanspruchen können, vielmehr wird er sich mit richterlicher Anerkennung seines Rechts, Auflage an den Verklagten zum Setzen der Sache in den frühern Stand, Verbot den Gläubiger und dessen Successor, den Pfandkäufer in künftiger Ausübung der Servitut zu stören, resp. entsprechender Caution begnügen müssen [2]). Weigert sich der Verklagte der ihm obliegenden Handlungen, z. B. der Demolition von Gebäuden und beantragt der siegende Gläubiger statt Realexecution, die er heutzutage fordern kann, Schadensliquidation, so ist der volle Werth der Servitut für das verpfändete Grundstück in Anschlag zu bringen [3]). Die beigetriebene Condemnationssumme ist auf die versicherte Forderung aufzurechnen, so daß eine etwaige hyperocha dem Grundeigenthümer zu Gute kommt. Dies führt darauf, einer bekannten Streitfrage unter den römischen Juristen eine neue Seite abzugewinnen. Die römischen Juristen waren bekanntlich nicht darüber einig, ob der Usufructuar die dem usufruirten Grundstück zustehende Servitut direct vindiciren könne, ob ihm also eine confessorische Klage des Inhalts gegeben werden könne „jus sibi esse eundi agendi"; Julian gewährte ihm eine solche Servitutenklage gegen den Nachbar, welcher der Ausübung hindernd in den Weg trat; die Ansicht der überwiegenden Mehrzahl der Juristen ging dahin, daß der Usufructuar, wenn er in Ausübung einer solchen Ge-

1) Anders Elvers Servituten S. 801.

2) Auch die possessorischen Servitutenrechtsmittel entbehrt der Pfandgläubiger nicht, sofern er im Besitz ist.

3) Die Sache steht hier anders als in l. 4 § 3 D. si serv. vind. 8, 5.

Digitized by Google

rechtigkeit gestört wurde, nur seinen Ususfruct vindiciren könne[4]. Sollte der Unterschied nur ein formeller gewesen sein? Wir finden eine materielle Verschiedenheit darin, daß der Usufructuar nach der obsiegenden Ansicht bei seiner Klage nicht die volle Aestimation der Servitut, sondern nur den Betrag erlangen kann, um welchen sein Nutzgenuß durch Nichtgewährung der Servitut verschlechtert ist. Außerdem macht das Urtheil über die Klage auf Anerkennung der Realservitut, wie sie der Pfandgläubiger anstellt, res judicata für und gegen den Proprietar, denn die Servitut wird dem Grundstück zu- oder abgesprochen; ein Urtheil hingegen über eine Klage, wodurch der Usufructuar seinen Ususfruct vindicirt, hat für den Proprietar keine Rechtskraft.

Nicht zu bezweifeln ist, daß der Pfandgläubiger nicht nur wegen eigentlicher Servituten, sondern heutzutage auch wegen etwaiger Bannrechte, Hoheitsrechte, der Gerichtsbarkeit, die der verpfändeten Sache zustehen, confessorisch klagen kann[5].

Wie die confessorischen und negatorischen Klagen mußte man dem Pfandgläubiger auch andere Rechtsmittel einräumen, deren Bestimmung ist die Integrität der Rechtsstellung der Sache, die ihm verpfändet ist, zu wahren. Der Pfandgläubiger ist namentlich befugt ein Bauverbot (operis novi nunciatio) einzulegen. Ohne Zweifel hat er auch das sogenannte interdictum demolitorium, wonach Alles, was gegen das Verbot errichtet ist, wieder zerstört wird. Dies war im classischen Recht um so wichtiger, als die Servitutenklage in letzter Linie nur zu einer Geldcondemnation führte, das interdictum demolitorium eine Realexecution hervorrufen konnte.

> l. 9 D. de operis novi nunciatione 39, 1. Gajus ad edictum urbicum. Creditori, cui pignoris nomine praedium tenetur permittendum est de jure id est de servitute opus novum nunciare nam ei vindicatio servitutis datur[6].

Wenn dem Pfandgläubiger hier das Recht zugeschrieben wird, wegen Bedrohung einer der Pfandsache zustehenden Servitut zu inhibiren, so wird es nicht zweifelhaft sein, daß er auch inhibiren kann,

---

4) l. 1 D. si ususfr. pet. 7, 6. l. 5 § 1 D. eod. Daß Julian die entgegengesetzte Ansicht hatte, geht aus der l. 2 D. de operis novi nunc 39, 1, dann auch aus der l. 1 § 4 D. de remiss. 43, 25 hervor. Als bloß formeller Natur erachtet den Unterschied Ihering l. c. S. 127.

5) cfr. Pufendorf obs. III. 64 § 7.

6) cfr. l. 1 § 5 D. de remiss. 43, 25.

Digitized by Google

wenn ein Anderer eine Baute auf dem Pfandgrundſtück errichtet, wodurch er deſſen angebliche Freiheit verletzt [7]). Auch in Bezug auf die Nuntiation ſteht der Pfandgläubiger anders als der Uſufructuar. Der letztere kann nicht in eignem Namen nunciiren, ſondern nur im Auftrag des Eigenthümers. Verſtattet ihm der Eigenthümer dies nicht, ſo kann er wohl ſeinen Uſusfruct vindiciren und hier volle Entſchädigung wegen der Beeinträchtigung deſſelben erlangen, aber ſeines nur temporären Rechts wegen kann er den Bau nicht hindern, noch weniger deſſen wirkliche Demolition erzwingen [8]). Dagegen der Superficiar hat wie der Pfandgläubiger das Recht der Nuntiation [9]).

Ohne Zweifel ſteht dem Pfandgläubiger auch das interdictum quod vi aut clam zu, welches von jedem Intereſſenten ausgeübt werden kann [10]); ob ihm aber auch die actio aquae pluviae arcendae zugeſchrieben werden kann, mag fraglich ſcheinen. Ulpian verſagt ſie dem Uſufructuar ausdrücklich [11]). Pomponius nimmt an, in manchen Fällen genüge das interdictum quod vi aut clam dem Uſufructuar — dies wohl nur dann, wenn der Verklagte nicht im Beſitz des Grundſtücks war, auf dem er das ſchadendrohende Werk errichtete — in andern Fällen dürfe man ihm quasi domino die actio aquae pluviae arcendae accommodiren [12]). Was man für den Uſusfructus entſprechend und thunlich fand, wird man dem Pfandgläubiger um ſo weniger verweigert haben. Auch der Emphyteuta erhielt dieſe Klage; ſelbſt dem Realſervitutberechtigten wurde ſie wegen Bedrohung ſeines Wegrechts gewährt [13]). Ferner wird man dem Pfandgläubiger das interdictum de arboribus caedendis gewährt haben, welches die negatoria theilweiſe erſetzt [14]). Auch das interdictum de glande legenda wird man ihm nicht verweigern, wenn er die Früchte der Pfandſache zieht. Ein Problem, das ſich ſchon die römiſchen Juriſten aufwarfen, war, ob der

---

7) cfr. l. 5 § 9 D. de operis novi nunc. 39, 1.

8) l. 1 § 20 D. de operis novi nunc 39, 1. a. Anſ. Julianus cfr. l. 1 § 4 D. de remiss. 43, 25, aber namentlich die l. 2 D. de operis novi nunc.

9) l. 3 § 3 D. h. t. 39, 1.

10) l. 11 § 14 l. 12 D. quod vi aut clam 43, 24.

11) l. 3 § 4 D. de aqua 39, 3. neque fructuarius neque cum eo aquae pluviae arcendae agi potest.

12) l. 22 pr. D. eod. 39, 3.

13) l. 23 § 1 D. eod. 39, 3. l. 5. § 3 D. arbor. furt. caes. 47, 7. l. 25 D. de aqua 39, 3.

14) l. 1 § 5 D. de arboribus caedendis 43, 27.

Digitized by Google

Pfandgläubiger befugt ſei, von dem Nachbar, deſſen Bau Einſturz oder ſonſt Schaden droht, damni infecti cautio zu verlangen. Die Frage wird in folgender Stelle beſprochen:

> l. 11 D. de damno infecto 39, 2. Ulpianus libro 53 ad edictum. Quid de creditore dicemus, qui pignus accepit? utrum repromittere, quia jus suum tuetur an satisdare, quia dominus non est, debebit. Quae species est in contrario latere apud Marcellum agitata, an creditori pigneratitio damni infecti cavere debeat? Et ait Marcellus inutiliter ei caveri: idemque etiam de eo cavendum, qui a non domino emit: nam nec in hujus persona committi stipulationem: aequissimum tamen puto huic prospiciendum, id est creditori per stipulationem.

Da in der im Edict proponirten Formel der damni infecti cautio ohne Zweifel hervorgehoben war, daß der Schaden zu erſetzen ſei, der „aedibus meis fit“ [15]), ſo konnte die dort inſerirte Caution dem Pfandgläubiger nicht dienen, welcher, wenn ſpäter der Schaden eintrat, nicht behaupten konnte, daß ſein Haus beſchädigt ſei. Es bedurfte alſo jedenfalls für ihn einer beſondern Faſſung, einer ſpeciellen, prätoriſchen Vermittlung. Doch exiſtirten auch materielle Schwierigkeiten. Wie wenn der Eigenthümer und der Pfandgläubiger, Jeder für ſich die Caution verlangen? Zweimal konnte der Eigenthümer der ſchadenbringenden Sache gewiß nicht haften. — Dennoch entſcheidet ſich Ulpian dafür, dem Creditor die Caution zu verſtatten; ohne Zweifel geſtattete er dem Promiſſar, das dem Creditor Geleiſtete dem Eigenthümer anzurechnen. Einfacher ſtellte ſich die Sache beim Uſusfruct [16]); dort exiſtirten beſtimmt abgegränzte Werthe, der Uſufructuar berechnete den Werth des Uſusfructs, der Eigenthümer den der nuda proprietas. Auch folgende Verſchiedenheit findet ſich zwiſchen Pfandrecht und Uſusfruct. Wird der Uſufructuar wegen verweigerter cautio damni infecti in das Nachbarhaus eingewieſen und — ex secundo decreto — zu deſſen Eigenthümer gemacht, ſo verbleibt ihm daſſelbe nach geendetem Uſusfruct [17]). Der Pfandgläubiger hingegen, welchem das Nachbarhaus wegen verweigerter Caution zugeſchlagen

15) vgl. die Formel von Schmidt Linde's Zeitſchrift n. F. Bd. 8. S. 21.

16) l. 5 § 2 D. 39, 2. Aehnlich Superficiar und Emphyteuta l. 13 § 8 l. 39 § 2 D. eod.

17) l. 7 § 1 D. de usufructu 7, 1.

Digitized by Google

wird, erhält zwar gleichfalls Eigenthum, er ist aber in Folge des Pfandcontracts persönlich verpflichtet, die Sache zur Tilgung der versicherten Forderung zu verwerthen, respective nach Tilgung der Pfandschuld an den Verpfänder herauszugeben [18]).

§ 147. Fortsetzung. Die Theilungsklagen.

Dem Pfandgläubiger steht die actio communi dividundo, desgleichen die actio finium regundorum zu [1]).

1) Die actio communi dividundo dient einmal um die Verhältnisse zwischen mehreren Pfandgläubigern zu ordnen, welchen zusammen dieselbe Sache verpfändet war, dann aber auch um eine Theilung zwischen dem Pfandgläubiger, dem eine ideelle Hälfte verpfändet war und dem Miteigenthümer der andern Hälfte herbeizuführen.

a) Merkwürdig ist, daß die actio communi dividundo gewährt wird, um eine Theilung zwischen mehreren Pfandgläubigern zu bewirken [2]). Das Pfandrecht ist ein Recht, das seiner Bestimmung nach nur eine verhältnißmäßig kurze Dauer hat, bei dem außerdem nicht die Benutzung der natürlichen Qualitäten einer Sache, sondern das Exerciren des Verkaufsrechts den Hauptinhalt bildet. Die Erhebung eines Theilungsprocesses wird daher nur selten vorkommen, da das Urtheil zwecklos wird, wenn der Schuldner bei oder nach der Ausfällung desselben die Gläubiger abzahlt. Dennoch haben die römischen Juristen sich mit dem Verhältniß eingehend beschäftigt.

Natürlich ist vorausgesetzt, daß eine durch die körperliche Einheit der Pfandsache vermittelte Gemeinschaft unter den Pfandgläubigern existire. Dies ist der Fall, wenn Mehreren die Pfandsache je zu ideellen Theilen verpfändet ist, mag dies nun gleichzeitig oder successive geschehen sein. Mehrere Gläubiger dagegen, welchen die Pfandsache in solidum verpfändet wurde, stehen der Natur der Sache nach in keiner

---

18) Der Pfandgläubiger kann mit der a. pigneratitia contraria vom Verpfänder Erstattung aller bona fide aufgewendeten Impensen und Abnahme des Nachbarhauses fordern, der Usufructuar hat ähnliche Ansprüche nicht und muß den Verlust selbst tragen, wenn die Impensen den Werth des zugeschlagenen Hauses übersteigen.

1) Einiges Hierhergehörige enthält Brinckmann Verhältniß der actio communi dividundo Kiel 1855.

2) l. 7 § 6 D. comm. div. 10, 3. Ulpianus lib. 20 ad edictum. Si duo sint, qui rem pignori acceperunt, acquissimum esse, utile communi dividundo judicium dari.

Digitized by Google

Gemeinſchaft, Jeder hat hier unabhängig vom Andern ein ausſchließliches Recht, der Beſitz giebt einen Vorzug. Man könnte hiergegen anführen, daß, wie die Quellen ausdrücklich bezeugen, auch mehrere prätoriſche Pfandgläubiger, welche legatorum servandorum causa immittirt ſind, ja ſelbſt — merkwürdigerweiſe — zwei Frauen, die ventris causa für die Dauer ihrer Schwangerſchaft eingewieſen ſind, ein Theilungsjudicium begehren können [3]). Nun wird aber, könnte man fortfahren, der Legatar, die ſchwangere Frau in solidum in die Erbſchaft eingewieſen; es zeige ſich alſo, daß auch ſolidariſch berechtigte Pfandgläubiger das Theilungsjudicium haben. Allein es ſind dieſe Immiſſionen ſo aufzufaſſen, daß zwar der Legatar ſowie die ſchwangere Frau zunächſt in solidum immittirt werden; indeſſen dies mit dem Beding, daß durch Concurrenz eines ſpäter auf gleichen Grund hin Eingewieſenen das urſprünglich zugewieſene Recht auf einen entſprechenden ideellen Theil decreſcirt [4]). Aus dieſem Verhältniß kann alſo nicht geſchloſſen werden, daß ein Theilungsjudicium unter ſolidariſch berechtigten Pfandgläubigern möglich war.

Die Auseinanderſetzung erfolgte, wie wir aus einer Erörterung von Ulpian entnehmen, regelmäßig in der Weiſe, daß dem Einen der Pfandgläubiger das ganze Pfand überlaſſen wurde, daß man ihn dagegen dem Mitpfandgläubiger verurtheilte [5]). Hierbei iſt aber zweifelhaft, welches Recht der Gläubiger, dem urſprünglich nur der ideelle Theil verpfändet war, durch die richterliche Zuweiſung an dem andern Theil der Sache erhielt. Natürlich kann er kein Eigenthumsrecht an demſelben prätendiren, denn dieſes könnte er nur erhalten, wenn der Communiſt, deſſen Theil ihm zugewieſen wird, ſelbſt Eigenthum an jenem Theil gehabt hätte. Man wird auch nicht annehmen, daß der Richter dem Communiſten, welchem er das Pfand zuſpricht, Pfandrecht an dem überwieſenen Theil verleiht, da wir ſonſt nicht finden, daß der Richter

3) l. 7 § 8 D. cit. Idem si duo a praetore missi sint in possessionem legatorum: est enim justa causa possidendi, custodiae gratia. Ergo et si duo ventres idem erit dicendum. Quod habet rationem.

4) vgl. Bd. 1 S. 409.

5) l. 7 § 12 D. comm. div. 10, 3. Ulpianus libro 20 ad edictum. Inter eos qui pignori acceperunt talis divisio fieri debet, ut non vero pretio aestimetur pars, sed in tantum duntaxat, quantum pro ea parte debetur et assignetur quidem pignus uni ex creditoribus, licentia tamen non denegetur debitori, debitum offerre et pignus suum luere. Idemque dicitur et si possessor pignoris litis aestimationem pigneratitia in rem agenti offerat.

Digitized by Google

durch Adjudication ein Pfandrecht zu begründen berechtigt ist. Uns scheint daher der Abfindende wegen der Abfindungssumme bloß Besitz und Retention des zugewiesenen Theils zu erlangen, wie wenn der Besitzer, worauf auch der Jurist hinweist, dem Pfandgläubiger die Litisästimation zahlte und so dessen actio hypothecaria beseitigte [6]).

b) Der Miteigenthümer, dessen Gesellschafter seinen Theil verpfändet hat, kann durch eine Theilungsklage gegen diesen Gesellschafter, um deßwillen zu keiner definitiven Ordnung des Verhältnisses gelangen, weil der Pfandgläubiger durch ein Theilungsjudicium, das zwischen seinem Debitor und dem Theilhaber acceptirt wurde, in keiner Weise gebunden ist. Daher wurde dem Miteigenthümer eine Theilungsklage gegen den Pfandgläubiger des andern Theils eingeräumt [7]).

Unter den verschiedenen Möglichkeiten der Ordnung des Verhältnisses im Gefolge dieser Klage treten als die gewöhnlicheren folgende hervor: Entweder man schlug die Sache ganz dem beklagten Gläubiger zu oder man adjudicirte sie ganz dem provocirenden Miteigenthümer. — Der Gläubiger, welchem die ideelle Hälfte des Communisten zugeschlagen wurde, erwarb an derselben wohl zweifellos Eigenthum, da der Communist solches an der zugewiesenen Sache hatte. Aber die Restitution auch dieses Theils kann der Schuldner gleichwohl mit der actio pigneratitia fordern, da der Gläubiger denselben in Folge seiner Pfandberechtigung erwarb. Umgekehrt ist der Pfandgläubiger befugt, wegen seiner Auslage Ersatz vom Verpfänder gegen Angebot des acquirirten Theils zu verlangen. Schwieriger ist die Beurtheilung des umgekehrten Falls, in welchem dem provocirenden Communisten die Sache und zwar ganz zugeschlagen wird [8]). Hier kann er, wenn er den Debitor nicht zugleich in den Prozeß gezogen hat, nicht Eigenthümer der überwiesenen Portion werden; da dem Provocaten Eigenthum an ihr fehlte. Aber auch ein Pfandrecht wird er nicht erwerben, schon deßhalb nicht,

---

6) vgl. unsere Ausführungen oben S. 43 ff.

7) l. 7 § 13 D. cit. Si debitor communis praedii partem pignori dedit et a domino alterius partis provocatus creditor ejus — aut ab alio creditore alterius debitoris — licendo superavit et debitor ejus, cui res fuit adjudicata, velit partem suam praedii recuperare soluto eo, quod ipse debuit, eleganter dicitur, non esse audiendum, nisi et eam partem paratus sit recuperare, quam creditor per adjudicationem emit.

8) Dies unterstellt l. 2 C. comm. div. 3, 37 in den Worten inter te, et creditorem fratris tui cognoscet et jubebit eum accepta pecunia, quanti statuerit partem fratris tui valere, eam partem tibi restituere.

Digitized by Google

weil auf deſſen Erwerb ſeine Abſicht gar nicht gerichtet iſt; vielmehr wird er nur ein Retentionsrecht haben, bis durch ein neues Theilungsjudicium mit dem Miteigenthümer das Verhältniß in einer definitiven Weiſe geordnet iſt.

In hohem Grad zweifelhaft iſt bei dem Schweigen der Quellen, ob auch umgekehrt der Creditor den Communiſten zur Theilung provociren kann, wie er von dieſem hierzu aufgefordert werden kann. Man hat hiergegen eingewendet, die Provocation zur Theilung könne zu einer Veräußerung führen. Eine ſolche ſei aber dem Pfandgläubiger nur in der beſtimmten Weiſe des Pfandverkaufs nach Fälligwerden der verſicherten Forderung geſtattet. Aus ſolchen Gründen kann z. B. der Ehemann, welchem ein Grundſtück zum ideellen Theil zur Dos gegeben iſt, zur Theilung aufgefordert werden, nicht aber ſelbſt provociren [9]). — In der That aber kann die vom Gläubiger ausgehende Provocation zur Theilung dem Verpfänder keinenfalls ſchaden. Erwirbt der Communiſt in ſolchem Fall den verpfändeten Theil, ſo bleibt dem Verpfänder ſein Auslöſungsrecht unbenommen. Die Frage könnte alſo nur die ſein, ob der Communiſt ſich in einen Theilungsprozeß mit dem Gläubiger des Genoſſen einlaſſen muß, welcher den Verpfänder, der am Prozeß nicht Theil nimmt, nicht bindet und daher zu keinem definitiven die Sache erledigenden Reſultat führt. Dies wird in der That mit Grund verneint werden [10]).

2) Auch die actio finium regundorum kann der Pfandgläubiger anſtellen. Es bezeugt dies Paulus:

> l. 4 § 9 D. fin. reg. 10, 1. Finium regundorum actio et in agris vectigalibus et inter eos, qui usum fructum habent vel fructuarium et dominum proprietatis vicini fundi et inter eos, qui jure pignoris possident competere potest.

Merkwürdig iſt, daß Paulus die Gränzregulirungsklage dem Pfandgläubiger nur für den ſeltneren Fall zugeſteht, daß auch das angränzende Grundſtück verpfändet iſt und daß alſo gegen den Pfandgläubiger des Nachbargrundſtücks wegen Eingriff in die klägeriſcher Seits behauptete Gränze Klage anzuſtellen iſt. Doch wird zweifelsohne die Klage auch

---

9) l. 2 C. de fundo dot. 5, 23.

10) Für die Zuläſſigkeit iſt Negusantius p. 2 m. 3 n. 40. dagegen Voet. tit. D. X. 3 § 1.

Digitized by Google

zuläſſig ſein gegen den Nachbarn ſelbſt, wie auch der Emphyteute gegen den Eigenthümer des Nachbargrundſtücks klagen kann. Auch wird der Umſtand nicht für relevant zu achten ſein, daß der Pfandgläubiger beſitzt. Da wie wir ausführten der nichtbeſitzende Pfandgläubiger die actio negatoria hat um partielle Eingriffe in das Eigenthum zurückzuweiſen, ſo wird man ihm die actio finium regundorum, wodurch das Zugehören eines körperlichen Theils vertheidigt wird, nicht verweigern. Der Spruch, welchen der Pfandgläubiger in der actio finium regundorum erhält, die adjudicatio, die ihm zu Theil wird, iſt — wenn nicht culpa in der Prozeßführung nachgewieſen werden kann — für und gegen den Verpfänder verbindlich [11]). Denn der Spruch in der finium regundorum actio wird für und gegen das Grundſtück gefällt [12]). Die Gränze iſt nicht etwas relatives nur zwiſchen beſtimmten Perſonen beſtehendes, ſondern eine für alle geltende Eigenſchaft des Grundſtücks. Umgekehrt bindet auch das Erkenntniß, das der Verpfänder in der Gränzregulirungsklage erſtritt, den Pfandgläubiger [13]).

§ 148. Delictsklagen.

Durch Delicte, die ſich gegen die verpfändete Sache richten, insbeſondere durch Entwendungen und Beſchädigungen wird nicht nur der verpfändende Sacheigenthümer, ſondern auch der Pfandgläubiger verletzt. Es ſcheint daher natürlich, daß ihm das Recht Klagen zugeſteht, um ſich Entſchädigung vom Verletzenden zu verſchaffen; in einem Rechtsſyſtem, in welchem die Privatſtrafe eine Rolle ſpielt, ſcheint es ſogar geboten, auch die Beitreibung der Strafe in die Hand des Pfandgläubigers zu legen, der häufig in nicht minderm Grade, als der Eigenthümer durch das Delict benachtheiligt wurde.

Hierbei zeigt ſich aber eine große, ſchon mehrmals berührte Schwierigkeit. Auch der verletzte Sacheigenthümer hat die Delictsklagen.

---

11) arg. l. 19 D. si serv. vind. 8, 5. Dagegen nimmt Heſſe Nachbarverhältniſſe Bd. 2 S. 167 an, die Streitführung des Pfandgläubigers präjudicire dem Eigenthümer nur dann, wenn er vorher zur Theilnahme am Prozeß aufgefordert worden ſei.

12) l. 4 § 5 D. fin. reg. 10, 1. Hieraus erklärt ſich auch l. 9. D. eod. vgl. Rudorff Ztſchrift. f. geſch. Rechtsw. X. S. 369. Bangerow Bd. III. § 658 2).

13) Anders ſteht es bei einem Vergleich de finibus ignorante creditore l. 21 D. quae in fraudem 42, 8. Der Zweifelsgrund lag eben in der Behandlung der actio finium regundorum.

Digitized by Google

Zweimal kann man den Verletzer um deßwillen, weil die Sache verpfändet iſt, nicht zur Leiſtung von Erſatz und Strafe anhalten. Wie ſoll ſich nun die Colliſion zwiſchen Pfandgläubiger und Sacheigenthümer reguliren? Exiſtirt ein Uſusfruct, ſo war, wie wir bereits ſahen, die Löſung eine einfache; man ſchätzte den Werth des Uſusfructs und den der nackten Proprietät und legte bei der Klage des Uſufructuars den einen, bei der des Proprietars den andern Werth zu Grunde. Beim Pfandrecht konnte man einen ähnlichen Ausweg nicht einſchlagen, weil dieſes Recht möglicherweiſe den vollen Werth der Sache zur Befriedigung der Forderung in Anſpruch nimmt; dagegen bei rechtzeitiger Zahlung der Schuld dem Verpfänder nichts von der Sache entzieht, ſo daß im Voraus eine Fixirung des Werths des Pfandrechts im Verhältniß zu dem des Sacheigenthums nicht mit Sicherheit ausführbar iſt [1]).

Der richtigſte Ausweg ſcheint zu ſein, dem Pfandgläubiger bis zum Belauf der Schuldſumme ein Klagrecht zu geben, welches vor dem des Eigenthümers bevorzugt iſt; denn es kommt die an den Gläubiger gezahlte Summe, die derſelbe auf die verſicherte Forderung imputiren muß, auch dem Verpfänder indirect zu Gute, und es wird demnach beiden Intereſſen Genüge geleiſtet. Indeſſen werden wir die Modification hinzufügen, daß dann, wenn der Verletzer dem Eigenthümer zahlte, weil er von Exiſtenz des Pfandrechts nichts wußte, insbeſondere, wenn dies in Folge einer Klage des Eigenthümers und daraufhin ausgeſprochener Verurtheilung geſchah, eine erneute Klage des Pfandgläubigers unſtatthaft ſei.

Die römiſche Jurisprudenz hat aber dieſes, an und für ſich der Gerechtigkeit entſprechende Reſultat nicht rein adoptirt. Manche Delictsklagen waren durch Geſetz oder das prätoriſche Edict geradezu dem Eigenthümer in Ausſicht geſtellt, man glaubte daher nicht berechtigt zu ſein, dieſem zu Gunſten des ſpäter ausgebildeten dinglichen Rechts des Pfandgläubigers die Klage außer in Fällen des dringendſten Bedürfniſſes zu entziehen. Es darf uns dies um ſo weniger auffallen, als ſelbſt nach heutigem Recht der Strafſchutz zu Gunſten des Pfandgläubigers unvollkommener zu ſein pflegt, als der zu Gunſten des Eigen-

1) Eine Schätzung auf Grundlage der l. 112 § 1 D. de V. O. 45, 1 entſpricht daher nicht der Gerechtigkeit.

Digitized by Google

thümers. So findet sich in unsern Strafgesetzbüchern durchweg eine Strafe für den Fall, daß Jemand vorsätzlich und rechtswidrig fremde Sachen beschädigt oder zerstört; für den Fall, daß der Verpfänder eine eigene, jedoch verpfändete Sache doloser Weise vernichtet, fehlt durchaus eine analoge Bestimmung [2]). — So hängt denn Alles im römischen Recht von der besondern historischen Entwickelung bei der einzelnen Delictsklage ab.

1) Wegen Entwendungen erhielt der Pfandgläubiger einen sehr vollständigen Schutz. Es wird ihm eine condictio zugetheilt und zwar schon von Aristo aus der Zeit Trajans [3]). Dies ist um deßwillen auffallend, weil die römischen Juristen an andern Orten erklären, die condictio furtiva stehe nur dem Eigenthümer der Sache zu [4]). Manche fassen daher die condictio, die dem Pfandgläubiger zugeschrieben wird, nicht als eine condictio furtiva, sondern als eine Klage auf Restitution des entzogenen Besitzes [5]), die hiernach nur der bisher besitzende Pfandgläubiger anstellen könnte. Allein eine besondere Condiction des Besitzes scheint uns nur Bedeutung zu haben, falls Jemand zwar besitzt aber keinerlei Rechte an der Sache hat [6]). Wie soll man aber bei einem Pfandrecht den Werth des Besitzes der Pfandsache getrennt von dem des Rechts scheiden und schätzen. Der Besitz hat hier nur Werth als Mittel zur Realisirung des Rechts des Gläubigers. Wir müssen also zugestehen, daß nicht nur der Eigenthümer, sondern auch der Pfandgläubiger eine Condiction der Sache hat. Es können sowohl der Verpfänder als der Gläubiger mit der condictio auftreten. Beide Klagen standen in dem Verhältniß, daß die Anstellung der einen die andere ausschloß. Diese Weise der Ordnung der Sache erhellt aus der Be-

---

2) z. B. Preuß. Strafgesetzbuch vom 14. April 1851 § 281 ff.

3) l. 12 § 2 D. de cond. furtiva 13, 1. Ulpianus libro 38 ad edictum. Neratius libris membranarum Aristonem existimasse refert, eum, cui pignori res data sit, incerti condictione acturum, si ea subrepta sit. l. 22 pr. D. de p. a. 13, 7. Ulpianus libro 30 ad edictum .. multo magis hoc erit dicendum in eo, quod ex condictione consecutus est. Sed quod ipse debitor furti actione praestitit creditori vel condictione an debito sit imputandum, videamus . . .

4) l. 1 D. de condictione furtiva 13, 1. Ulpianus libro 18 ad Sabinum: in furtiva re soli domino condictio competit. l. 14 § 16 D. de furtis 47, 2.

5) Buchholtz Abhandl. S. 340 ff. Bruns Besitz S. 27 ff.

6) l. 21 § 2 D. quod metus c. 4, 2.

Digitized by Google

handlung der actio rerum amotarum, welche nichts iſt, als eine unter weniger ehrenrührigem Namen verhüllte condictio furtiva [7]).

l. 17 § 3 D. de rerum amotarum actione 25, 2. Quae viro suo res pignori datas amoverit, hoc judicio tenebitur. l. 18 D. eod. Sed et domino condictio competit; sed alterutri agere permittendum est.

Noch leichter konnte man dem Pfandgläubiger die Strafklage, die actio furti zugeſtehen, da man dieſe nach einem alten Princip dem gewährte, der zunächſt durch den Diebſtahl benachtheiligt war. Und zwar konnte er ſie von einem doppelten Geſichtspunkte aus ererciren, einmal als zur Reſtitution des Pfands Verpflichteter, dann als dinglich Berechtigter.

a) Der Pfandgläubiger, der in den Beſitz des Pfands geſetzt war, hatte, wenn durch ſeine Nachläſſigkeit der Diebſtahl möglich geworden war, ſeit alter Zeit ebenſo, wie ein Commodatar und Miether die actio furti, und zwar aus dem Grund, weil er dem Verpfänder wegen ſeiner culpa zum Erſatz verpflichtet wurde und deßwegen als zunächſt durch den Diebſtahl beſchädigt erſchien. Principiell war noch weiter Bedingung, daß der Inhaber ſolvent, daß alſo dem Eigenthümer der Gelderſatz ſicher war; bei dem Pfandverhältniß kommt dies aber natürlich dann nicht in Betracht, wenn der Verpfänder ſich ſeine Entſchädigung durch Compenſation mit ſeiner Schuld an den Pfandgläubiger verſchaffen konnte. — Da die Verantwortlichkeit des Pfandgläubigers den Grund dieſer Klage bildete, ſo ſtand ſie ihm auch dann zu, wenn die Pfandſchuld bereits getilgt und er noch im Beſitz der Pfänder geblieben war [8]). Bei der Anſtellung der Klage von dieſem Standpunkt aus wurde der volle Werth zu Grunde gelegt, welcher die Pfandſache für den Verpfänder hatte, und der dieſem vom Gläubiger zu erſetzen war. Eine Klage des Verpfänders fand in dieſem Fall nicht ſtatt.

b) Der Pfandgläubiger erhielt weiter, abgeſehen von dieſer Verantwortlichkeit die actio furti als dinglich Berechtigter [9]) und zwar auch für den Fall, daß er den Beſitz im Moment der Entwendung noch nicht hatte; ebenſo hatte ja auch der Eigenthümer, ſelbſt wenn er nicht

7) l. 26 D. de rer. amot. act. 25, 2. l. 2 C. rerum amot. 5, 21.
8) l. 14 § 6 D. de furtis 47, 2.
9) l. 12 § 2 D. de furtis 47, 2.

Digitized by Google

im Beſitz ſeiner Sache war, gegen den Entwender die actio furti. Der Pfandgläubiger ſtellt unſere Strafklage als dinglich Berechtigter nicht nur dann an, wenn ein Dritter, ſondern auch wenn der Eigenthümer der Sache dieſe entwendete [10]). In dieſer ihrer zweiten Erſcheinung iſt die actio furti des Pfandgläubigers wohl erſt ein Product der Jurisprudenz der Kaiſerzeit, wie denn erſt jetzt der dingliche Charakter des pignus zu ſeiner vollen Ausbildung kommt. Daher begegnen uns auch mancherlei Streitfragen bei den römiſchen Juriſten über die Zuläſſigkeit der Klage in dieſer Geſtalt. Insbeſondere glaubten einige ſie nur dann zugeſtehen zu können, wenn der Debitor bereits inſolvent war, während die Mehrzahl der Juriſten dies verwarf, indem man ſich darauf ſtützte, daß der Gläubiger auch bei zeitweiliger Solvenz ſeines Schuldners ein Intereſſe an der Integrität des Pfandrechts habe [11]). Auch über die Berechnung des Intereſſes, welches bei der Schätzung der Strafe zu Grunde gelegt werden ſollte, ſcheint man nicht ganz einig geweſen zu ſein [12]). Ulpian betrachtete als Maximum die Forderungsſumme des Gläubigers und geſtand dem Sacheigenthümer für den Fall, daß der Werth der Pfandſache die Schuldſumme überſtieg, die actio furti wegen des Ueberſchuſſes zu; Paulus legte für die Regel den vollen Sachwerth zu Grunde und berückſichtigte den Betrag der Schuldſumme nur, wenn der Verpfänder ſelbſt der Dieb war [13]).

Wie die Diebſtahlsklage, ſo geſtand man dem Pfandgläubiger auch die actio vi bonorum raptorum zu [14]), desgleichen die als Erſatz der Diebſtahlsklage gegen den freigelaſſenen Sclaven, welcher vor dem Erb-

10) l. 19 § 5. 6. l. 20 § 1 l. 66 pr. D. eod.

11) l. 12 § 2 D. de furtis 47, 2. Ulpianus mit Berufung auf Pomponius und Papinianus. § 14 J. de obl. quae ex delicto 4, 1.

12) l. 46 § 4 D. de furtis 47, 2. Ulpianus libro 42 ad Sabinum. Et si quis proposuerit hunc servum etiam pigneratum esse, eveniet ut etiam is qui pignori accepit habeat furti actionem. Hoc amplius etiam debitor, si modo plus valeat, quam pro pignore debetur, habet furti actionem. Dagegen Paulus lib. 5 ad Sabinum. l. 15 D. de furtis 47, 2. Creditoris, cujus pignus subreptum est, non creditotenus interest, sed omnimodo in solidum furti agere potest: sed et pigneratitia actione id, quod debitum excedit, debitori praestabit l. 87 D. eod. Paulus lib. 1 decretorum. Creditori actio furti in summam pignoris non debiti competit. sed, ubi debitor ipse subtraxisset pignus, contra probatur.

13) Ueber die Imputation oben Bd. I. S. 148. a. Anſ. A. Schmid Ceſſion S. 171 Anm. 61.

14) l. 2 § 22 D. de vi bon. rapt. a. 47, 8.

Digitized by Google

ſchaftsantritt etwas geſtohlen hatte, durch das prätoriſche Edict verſprochene Klage [15]).

2) Weniger liberal, als bei Entwendungen, verfuhr die römiſche Jurisprudenz gegen den Pfandgläubiger bei Beſchädigungen der Pfandſachen [16]). Die lex Aquilia, das einzige umfaſſende Geſetz über Beſchädigungen, hatte bekanntlich nur dem Eigenthümer einen Anſpruch gegeben. Es iſt daher nicht befremdend, daß ſich die Jurisprudenz nur allmählich und nur zögernd und unvollſtändig dazu entſchloß, dieſe Klage auch andern an der beſchädigten Sache dinglich Berechtigten zu geben. Es war lange zweifelhaft, ob der Uſufructuar die actio legis Aquiliae habe; noch Julian, der die Frage behandelte, ſcheint ſich für die Verneinung ausgeſprochen zu haben [17]); Ulpian entſcheidet ſich zwar, wie dies auch Paulus thut [18]), für die Zulaſſung der Klage zu Gunſten des Uſufructuars, ſtellt aber doch die Sache als beſtritten dar.

Noch größere Schwierigkeit machte die Frage, ob man die Klage dem Pfandgläubiger einräumen könne. Unſere Quellen behandeln die Sache verſchieden, je nachdem der Verpfänder ſelbſt das Pfand beſchädigte oder ein Dritter.

Selbſt für den Fall, daß die Beſchädigung vom Verpfänder ausgegangen war, war Marcellus, wie wir aus einer längern Erörterung ſehen, ſehr zweifelhaft und gelangte nur zum Reſultat, daß der Prätor einſchreiten ſolle, wenn der Pfandgläubiger aus irgend einem Grund keine perſönliche Klage zur Beitreibung ſeiner Schuld hatte [19]). Ulpian

---

15) l. 1 § 10 inf. D. si is, qui test. liber esse jussus 47, 4.

16) cfr. Stötzel Archiv f. c. Pr. Bd. 39 S. 47.

17) l. 11 § 10 D. ad leg. Aquil. 9, 2. Ulpianus libro 18 ad edictum. An fructuarius vel usuarius legis Aquiliae actionem haberet, Julianus tractat. Et ego puto melius, utile judicium ex hac causa dandum. l. 13 pr. D. quod vi aut clam. 43, 24. cfr. l. 7 § 4 D. de dolo 4, 3.

18) l. 12 D. h. t. 9, 2. Paulus libro 10 ad Sabinum.

19) l. 27 D. de pignor. 20, 1. Marcellus libro 5 Digest. Servum, quem quis pignori dederat ex levissima offensa vinxit, mox solvit. Et quia debitor non satisfaciebat, creditor minoris servum vendidit: an aliqua actio creditori in debitorem constituenda sit, quia crediti ipsius actio non sufficit ad id, quod deest persequendum? Quid si eum interfecisset aut eluscasset? Ubi quidem interfecisset ad exhibendum tenetur. Ubi autem eluscasset, quasi damni injuriae dabimus actionem ad quantum interest, quod debilitando aut vinciendo persecutionem pignoris exinanierit? Fingamus nullam crediti actionem esse, quia forte causa ceciderat: non existimo indignam rem animadversione et

Digitized by Google

dagegen giebt dem Pfandgläubiger gegen den Verpfänder ohne weitere Unterſcheidung eine actio damni injuria dati[20]). In dieſem Fall findet ſich ja nicht die Colliſion einer Klage des Eigenthümers und des Pfandgläubigers, welche beſonderes Bedenken erregte.

Ueber den Fall dagegen, in welchem die Beſchädigung von einem Dritten ausging, verbreitet ſich Paulus in der l. 30 § 1 D. ad legem Aquiliam 9, 2[21]). Er kommt nach längerer Erwägung zum Reſultat, daß dem Gläubiger hier nur dann eine actio legis Aquiliae gegeben werden ſolle, wenn der Schuldner inſolvent ſei oder der Gläubiger die perſönliche Klage gegen ihn verloren hatte; auch dieſe Klage ſoll nur bis zum Betrag der verſicherten Schuld zugelaſſen werden und dem Verpfänder die Klage auf den Ueberſchuß offen ſtehen. Hätte man Paulus entgegengehalten, daß nach dieſer Entſcheidung der Schutz des Pfandgläubigers gegen Beſchädigungen ein unvollſtändiger ſei, und daß ihm hierdurch ein Unrecht geſchehe, ſo hätte er vom Standpunkt des poſitiven römiſchen Rechts nicht ohne Grund erwidern können, daß ſeine Entſcheidung im Gegentheil den Pfandgläubiger in hohem Grad begünſtige und ihm einen Schutz gewähre, den er — da er ja nicht Eigenthümer ſei — ſtreng genommen nach dem poſitiven Wort der lex Aquilia nicht hätte anſprechen können.

Auch bei andern Klagen war ein gewichtiges Moment hinſichtlich der Ertheilung an den Pfandgläubiger oder der Verſagung, ob eine Klage durch Geſetz und Interpretation dem Intereſſenten oder dem Eigenthümer offen geſtellt war. Zu den Klagen der erſten Art gehörte

---

auxilio praetoris. Ulpianus notat, si ut creditori noceret, vinxit tenebitur si merentem non tenebitur.

20) cfr. auch l. 17 pr. D. ad legem Aqu. 9, 2.

21) Pignori datus servus, si occisus sit, debitori actio competit. Sed an et creditori danda sit utilis, quia potest interesse ejus, quod debitor solvendo non sit aut quod litem tempore amisit, quaeritur. Sed hic iniquum est et domino et creditori eum teneri: nisi si quis putaverit, nullam in ea re debitorem injuriam passurum, quum prosit ei ad debiti quantitatem et quod sit amplius, consecuturus sit ab eo: vel ab initio in id quod amplius sit, quam in debito, debitori dandam actionem. Et ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris vel quod litem amisit creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliae actionem, ut prosit hoc debitori: ipsi autem debitori in id quod debitum excedit, competit Aquiliae actio.

Digitized by Google

noch die actio de pauperie [22]), zu den Klagen der zweiten Klaſſe [23]) wohl die actio arborum furtim caesarum [24]).

22) l. 2 D. si quadrupes pauperiem 9, 1. haec actio . . . ei cujus interest competit.

23) arg. l. 5 § 2 D. de arbor. furtim. 47, 7.

24) Ob der Pfandgläubiger die actio servi corrupti nicht utiliter anſtellen konnte, iſt trotz l. 14 § 4 D. de servo corrupto 11, 3 ſehr fraglich. Wenn es dort heißt: pignoris dati nomine debitor habet hanc actionem, ſo iſt ein Fall unterſtellt, in dem der Gläubiger den verpfändeten Sclaven corrumpirt. Gleichwohl wird dem Gläubiger im Fall einer Corruption durch Dritte die Klage nicht fehlen.

Digitized by Google

Dritter Abſchnitt.

Verhältniß mehrerer Pfandgläubiger.

Erſtes Kapitel.

Beſtimmung der Rangordnung.

§ 149. Einleitung. Gleichſtehende Pfandberechtigungen [1]).

Dem Eigenthümer iſt es möglich in beliebiger Zahl Hypotheken auf ſeine Sache zu legen. Allerdings kann nach römiſchem Recht das dereinſtige Exerciren des Verkaufsrechts nur durch den vorſtehenden Pfandgläubiger geſchehen und die Befriedigung aus dem Kaufpreis wird nur einer begrenzten Anzahl von Forderungen zu Gute kommen; das Pfandrecht aber beſteht an und für ſich, mag nun die Wahrſcheinlichkeit eines reell aus ihm gewinnbaren Vortheils noch ſo entfernt ſein. Es iſt eben das Pfandrecht eine Potenz, welche nicht eine ſofortige actuelle Ausübung mit ſich führen muß; es genügt daher zu ſeiner Entſtehung die Unterwerfung der Sache unter die feſtbegründete, wenn auch erſt eventuelle Macht des Gläubigers. Es ſteht mit der Hypothek anders wie mit dem verwandten Recht des Uſusfructs. Iſt einmal ein Uſusfruct beſtellt, ſo fehlt dem Eigenthümer die Fähigkeit ein zweites Recht gleicher Art in's Leben zu rufen. Wenn er gleichwohl ein ſolches conſtituiren würde, ſo gälte es nur als für die Zeit nach Erlöſchen des erſten Uſusfructs beſtimmt [2]). Es erklärt ſich dies daraus, weil

---

1) cfr. Negusantius II. m. 3 n. 38 sqq. V. m. 2 n. 31 sqq. Pufendorf obs. IV. 114. Glück Bd. 19 S. 223. v. Bülow Abh. Th. I. S. 138 ff. A. Schmid Ceſſion S. 268.

2) Dies geht ſchon aus dem allgemeinen Satz hervor, welchen Ulpian in der l. 15 § 7 D. de usufructu 7, 1. ausſpricht proprietatis dominus ne quidem consentiente usufructuario servitutem imponere potest. Eine Anwendung des Satzes giebt l. 72 D. de usufructu 7, 1.

Digitized by Google

der Ususfruct seiner Bestimmung nach sofort eine Nutzbarkeit der Sache ausschließlich in Beschlag nimmt, was beim Pfandrecht nicht der Fall ist.

Unter den mehreren Hypotheken wird nun in der Regel die eine nach juristischen Principien den Vorzug vor der andern haben, also zum Pfandverkauf und zur prioritätischen Befriedigung aus dem Kaufpreis vor Andern befugt sein. Doch kann es vorkommen, daß mehrere Pfandrechte, welche dieselbe Sache ganz — in solidum — umfassen, principiell von gleicher Stärke sind. Dieses Verhältniß wollen wir zunächst in's Auge fassen.

In einem solchen Fall kann Jeder der mehreren Creditoren die Sache ganz von dritten Besitzern vindiciren; doch unter den Gläubigern selbst ist die Stellung des Besitzers die bessere nach dem Grundsatz in pari causa melior est causa possidentis. Jeder der Gläubiger kann daher, wie wir früher ausführten, die Pfandsache selbstständig und für sich verkaufen [3]); aber Eigenthümer wird der Käufer, welcher zuerst den Besitz apprehendirt; es wird also der besitzende Pfandgläubiger zunächst in der Lage sein, den Pfandverkauf zu effectuiren. Der nichtbesitzende Gläubiger hat dem Verkäufer gegenüber Anspruch auf die hyperocha, welche nach vorgängiger Tilgung der Forderung des verkaufenden Pfandgläubigers übrigbleibt. Deßgleichen kann er dem besitzenden Mitpfandgläubiger, ehe dieser den Verkauf vornimmt, mittelst Ausübung des jus offerendi, also durch vollständige Abzahlung den Besitz entwinden [4]).

Nach modernem Recht kann sich die Frage erheben, wer zu befriedigen ist, wenn keiner der pfandberechtigten Pfandgläubiger den Besitz hat und der Richter im Wege der Subhastation oder im Concurse verkauft. Man könnte den Vorzug dem geben, der zuerst bei Gericht den Antrag auf den Verkauf stellte. Doch ein solcher Vorzug des betreibenden Theils ist nicht zu rechtfertigen, da der Richter, wie wir ausführten, beim Verkauf nicht dessen Vertreter ist, sondern die Interessen aller Betheiligter gleichmäßig zu wahren hat. Der Richter hat daher eine gleiche Austheilung des Erlöses unter die Gleichberechtigten vorzunehmen [5]).

---

3) oben S. 114.

4) Daß hier keine a. comm. div. existirt, darüber vergl. oben S. 394.

5) Ja Voet. ad Pand. XX. 4 § 8 nimmt geradezu allgemein an in immobilibus magis est, ut non possidens aequale cum possidente jus habeat, saltem

Digitized by Google

Die Fälle, in welchen solchergestalt gleichberechtigte Hypotheken vorkommen, sind nun folgende:

1) Es kann bei der Verpfändung an mehrere Gläubiger ausgemacht werden, daß die Pfandsache einem Jeden ganz und solidarisch haften soll. Hier liegt unser Fall vor. Die Partheien können aber auch conveniren, daß die Sache den Mitgläubigern nur je zu einem ideellen Theil verpfändet sein soll. Dann ist jedem Pfandgläubiger gleichsam ein verschiedenes Pfandobject angewiesen. Häufig indessen geschieht es, daß sich die Contrahenten über den Umfang der Pfandhaftung nicht erklären, ja daß ihnen der Unterschied zwischen beiden Weisen der Verhaftung im Augenblick der Verpfändung selbst nicht klar ist. Wie weit erstreckt sich dann die Pfandberechtigung der mehreren Creditoren? Im Zweifel erwirbt in solchem Fall — die römischen Juristen sind hierüber einig — jeder Gläubiger nur ein Pfandrecht an einem ideellen Theil. Im Zweifel entscheidet sich überhaupt das Recht für die mindere Verpflichtung und stellt die günstigste Annahme für den Schuldner auf. — Die selbstverständliche Folge ist, daß die Tilgung der Forderung des einen Gläubigers die Pfandsache zum Theil befreit. Fraglich ist jedoch in folgenden Constellationen, ob die Verhaftung das Ganze oder nur einen Theil ergreift. Die Pfandbestellung an den einen Gläubiger erfolgte bedingt, die an den andern gleichzeitig unbedingt; die Bedingung des Pfandrechts des Ersten fiel aus [6]). Auch hier wird das unbedingte Pfandrecht nur einen Theil der Sache erfassen und nicht durch Ausfallen des concurrirenden wachsen; die Zufügung der Bedingung geschah zum Besten des Debitors, nicht des Mitpfandgläubigers. Zweifelloser ist, daß das Pfandrecht des einen Creditors nicht wächst, wenn das dem andern, im gleichen Act zugleich bewilligte nichtig ist, denn dies ist ein Umstand, der bei der Pfandbestellung nicht in Berücksichtigung kam.

Nicht abzuweisen ist hier die Frage, die freilich unserm Hauptthema fremd ist, nach welchem Maaßstabe sich die Theilrechte der Gläubiger, denen Pfandrechte zusammen bestellt wurden, im Zweifel normiren? Es

ad id ut pro rata quisque in rei distractae pretium veniat, quod et Groenevvegio placet ad d. l. 10. Jedenfalls gehen die neuern Hypothekengesetze von dieser Auffassung aus. Dennoch bleibt die solidarische Verhaftung wichtig, weil im Fall des Erlöschens der einen versicherten Forderung die andere jetzt ohne Concurrenz zur ausschließlichen Befriedigung gelangt.

6) So auch Negusantius p. V. m. 2. n. 31. Irrige Vorstellungen hat Westphal Pfandr. § 154.

Digitized by Google

ſcheinen verſchiedene Meinungen hierüber bei den römiſchen Juriſten gewaltet zu haben [7]). Paulus erklärt in der l. 20 D. de pign. actione 13, 7 die Lage der mehreren Pfandgläubiger für eine gleiche — aequalis —; er unterſtellt alſo eine Theilung nach Köpfen; denn aequalis pars bezeichnet abſolut gleiche, nicht etwa verhältmißmäßige Theile. Ebenſo ſcheint Ulpian in der l. 10 D. de pignoribus die Sache aufgefaßt zu haben, indem er für den Fall, daß keine ſolidariſche Verpfändung beliebt iſt, jedem Gläubiger einen Pfandanſpruch an der Hälfte der Sache zugeſteht. In der That iſt Theilung nach Köpfen der einfachſte und ungekünſtelte Maaßſtab, welchen die römiſchen Juriſten für die Theilung der Forderung unter mehrere bei der Conſtituirung Betheiligte anwandten und auf den man daher hier zunächſt verfiel. Andere jedoch fanden es ungehörig, daß dann, wenn eine Sache im Werth von circa 1200 einem Gläubiger von 800 und einem andern von 100 verpfändet wurde, Jedem nur die Hälfte verſetzt ſei, ſo daß die größere Forderung vollſtändige Deckung entbehrte, die kleinere über das Bedürfniß hinaus verſichert würde. Marcian nahm daher — l. 16 § 8 D. de pignoribus — mit mehr Recht an, daß ſich die Größe der reſpectiven Theile, entſprechend der vermuthlichen Abſicht der Contrahenten, nach der Höhe der verſicherten Forderungen im Augenblick der Beſtellung richte [8]). Dieſe Auffaſſung iſt als die der Compilatoren zu be-

---

7) l. 20 D. de pign. a. 13, 7. Paulus libro 29 ad edictum. Si pluribus res simul pignori detur, aequalis omnium causa est. l. 10 D. de pignoribus 20, 1. Ulpianus libro 73 ad edictum. Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit, ita ut utrique in solidum obligatae essent, singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur: inter ipsos autem, si quaestio moveatur, possidentis meliorem esse conditonem: dabitur enim possidenti haec exceptio, si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset: si autem id actum fuerit, ut pro partibus res obligarentur, utilem actionem competere et inter ipsos et adversus extraneos: per quam dimidiam partem possessionis adprehendant singuli. l. 16 § 8 D. de pignoribus 20, 1. Marcianus libro sing. ad form. hyp. Si duo pariter de hypotheca paciscantur, in quantum quisque obligatam hypothecam habeat, utrum pro quantitate debiti an pro partibus dimidiis, quaeritur? Et magis est, ut pro quantitate debiti pignus habeant obligatum. Sed uterque si cum possessore agat, quemadmodum utrum de parte quisque an de toto quasi utrique in solidum res obligata sit? Quod erit dicendum, si eodem die pignus utrique datum est separatim. Sed si simul illi et illi, si hoc actum est, uterque recte in solidum aget: si minus, unus quisque pro parte.

8) Es hat dieſe Auffaſſung auch Papinian getheilt l. 96 § 3 D. de solut. 46. 3 oben Bd. I. S. 516 Bd. II. S. 212.

Digitized by Google

trachten, da ſie in der Compilation am explicitſten ausgeführt iſt. Zudem entſpricht ſie der Natur der Sache am meiſten [9]).

Man behauptet zuweilen, es ſei Beſtellung eines Pfandrechts in der Art denkbar, daß das Recht des Gläubigers ſich Dritten gegenüber auf das Ganze erſtrecke, während im Verhältniß der Pfandgläubiger untereinander Theilung gelte [10]). Uns ſcheint ein ſolches Verhältniß nicht zuläſſig. Es wird ſtets der entſcheidende Punkt bleiben, was kann der Creditor verkaufen. Iſt er zum Verkauf nur eines Theils berechtigt, was ſoll ihm dann die Klage auf das Ganze, kann er aber das Ganze für ſich verkaufen, ſo läßt ſich nicht mehr ſagen, daß Theilung im Verhältniß der Pfandgläubiger zu einander gelte. Sicherlich will Marcian in der l. 16 § 8 cit. nicht ein ſolches Zwitterverhältniß als möglich darſtellen. Der Gang ſeiner Entwicklung ſcheint uns vielmehr folgender; er wirft die Frage auf, wie weit ſich die Pfandberechtigung zweier, die zuſammen eine Hypothek erhielten, erſtrecke und antwortet nach Verhältniß ihrer Forderungsbeträge, wobei er von der Unterſtellung ausgeht, daß ſolidariſche Haftung nicht verabredet wurde. Hierauf fährt er fort, ob ſich Dritten gegenüber Pfandrecht und Pfandklage auf das Ganze erſtrecke und bejaht dies für den Fall, daß zwei Pfandrechte gleichzeitig aber jedes für ſich oder zuſammen, aber mit ſolidariſcher Kraft bewilligt wurden. Daß aber daſſelbe Pfandrecht bald pro parte bald in solidum wirken könne, hat Marcian nirgends geſagt. Als möglich erſcheint uns jedoch, daß bei Conſtituirung mehrerer ſolidariſcher Obligationen ausgemacht werde, daß die mehreren Creditoren ſich in den Erlös gleichmäßig theilen, den Ausfall alſo verhältnißmäßig tragen ſollen. Die mehreren Creditoren treten dann in eine Art Geſellſchaft, ſie ſind perſönlich verpflichtet, den Verluſt gleichmäßig zu repartiren, ihr dingliches Recht ſelbſt wird hierdurch nicht modificirt.

2) Gleichberechtigte, ſolidariſche Pfandrechte finden ſich auch dann, wenn beide Pfandrechte gleichzeitig aber getrennt und in verſchiedenen Acten, ohne daß die Gläubiger von ihrer Concurrenz gegenſeitig Kenntniß hatten, beſtellt wurden; deßgleichen, wenn in einem Moment mit der Conventionalhypothek die Entſtehung eines geſetzlichen Pfandrechts zuſammentraf, endlich wenn mehrere Pfandrechte zwar zu verſchiedenen

9) vgl. Bülow l. c. S. 154 und dort Cit. Sintenis Pfandrecht S. 445 in f. bemißt die Quoten nach dem Augenblick der Geltendmachung vgl. aber oben S. 212.
10) Windſcheid Pand. I. S. 634.

Digitized by Google

Zeiten bestellt sein mögen, das Datum ihrer Bestellung indessen in der Weise unsicher ist, daß die Priorität nicht mehr ermittelt werden kann. Ist das Datum des einen Pfandrechts ein genau fixirtes, das des andern im Verhältniß zu jenem unbestimmt und zweifelhaft, so steht natürlich das letztere Pfandrecht nach. Leyser [11]) erzählt von einem Prioritätsstreit, in welchem der eine Pfandgläubiger eine Hypothek, die von der Braunschweigschen Lichtmesse 1725 datirte, der andere eine Hypothek vom 7. Februar desselben Jahres, welcher Tag in der Messe fiel, angemeldet hatte. Die Hypothek mit bestimmtem Tag wurde mit Recht bevorzugt. Denn es hätte der concurrirende Pfandgläubiger, um Jenem die Spitze zu bieten, mindestens Gleichzeitigkeit zu erweisen gehabt; dieselbe war aber durch Nachweis der Constituirung während der Messe, welche noch über den 7. Februar dauerte, nicht festgestellt. Wäre also nur das Jahr der Errichtung einer Hypothek zu ermitteln, so ginge diese zwar allen Pfandrechten vor, die in den darauffolgenden Jahren bestellt waren und concurrirte mit dem am 31. December jenes Jahres bewilligten, allen übrigen Hypotheken des gleichen Jahres mit bestimmtem Kalendertag stünde sie nach.

Sehr bestritten ist die Frage, ob unter den mehrern Hypotheken, welche an einem und demselben Tage, aber zu verschiedenen Stunden, bewilligt wurden, die Stunde über die Priorität entscheide oder ob diese Pfandrechte schlechthin als gleichstehend zu betrachten sind [12]). Dem Princip nach ist die erste Ansicht die richtige. Wer einmal ein Pfandrecht erworben hat, kann nicht in seinem wohlbegründeten dinglichen Recht dadurch verkürzt werden, daß zwar an demselben Tage, aber immerhin später ein zweites Pfandrecht bestellt wird; zudem wird die Absicht des Verpfänders bei der zweiten Bestellung, wenn er loyal zu Werke geht, gerade auf Errichtung einer Nachhypothek gerichtet sein. Dieses Resultat wird auch nicht dadurch erschüttert, daß Marcian in der oben angeführten Stelle äußerte, es trete gleiches Recht der mehreren Hypotheken ein „si eodem die pignus utrique datum est separatim.“ Denn Marcian geht eben von der factischen Unterstellung

11) Leyser medit. vol. VII. spec. 486 n. 8.

12) Für die Ordnung nach der Bestellungszeit u. A. Negusantius p. V. m. 2 n. 31. Gail. obs. II. 25 n. 3. Lauterbach in Pand. XX. 4 § 7. Glück Bd. 19 S. 332. cfr. Arndts Pand. § 383. Für die Parität sind Harmenopulus prompt. juris lib. III. 5 § 36. gloss. Accurs. ad l. 16 § 8 D. de pign. 20, 1. Regelsberger Priorität § 35 not. c. S. 108. Windscheid Pand. I. S. 637 not. 1.

Digitized by Google

aus, daß nur der Tag nicht die Stunde der Pfandrechte conſtire und geſteht ihnen um deßwillen gleichen Rang zu. Dies wäre auch ſchwerlich je verkannt worden, wenn nicht ein Umſtand auf die entgegengeſetzte Anſicht geleitet hätte. Sitte und Gebrauch haben es ſanctionirt, Urkunden nach Jahr und Tag nicht nach Stunden oder gar Minuten zu datiren. Wenn nun Jemand eine Urkunde producirt, in welcher nur der Tag angegeben iſt, ſoll er dann ſchlechthin dem nachſtehen, der auch die Stunde der Conſtituirung eines am gleichen Tag errichteten Pfandrechts durch eine genauere Urkunde oder durch Zeugen erweiſen kann. Strengerer Auffaſſung nach müßte dieſes der Fall ſein; aber eben nach dem Gebrauch in Urkunden nur die größern Zeittheile zu fixiren läge hierin eine Härte, es würde vielfach das wirklich jüngere Pfandrecht den Vorzug erhalten, obgleich der ältere Gläubiger nichts von dem verſäumt hat, was ein diligens paterfamilias zu thun pflegt. Wir halten daher dafür, daß der Gläubiger, welcher einem Andern gegenüber die Priorität behauptet, deſſen Pfandrecht laut einer Urkunde von gleichem Tag iſt, dieſelbe nicht durch den bloßen Nachweis der Stunde des Erwerbs ſeines Pfandrechts beweiſen kann, daß er vielmehr den Nachweis zu führen hat, daß das Pfandrecht des Concurrenten ſpäter errichtet wurde, als das ſeine. Dagegen ſcheint uns willkührlich zu unterſcheiden, ob die in der Pfandverſchreibung des die Priorität prätendirenden Gläubigers bemerkte Stunde eine Vormittags- oder Nachmittagsſtunde ſei und im erſten Fall den Gläubiger, in deſſen Verſchreibung nur der Tag angegeben ſei, gleichzuſetzen, im letztern Fall zu poſtponiren [13]).

3) Ein Pfandrecht Mehrerer in solidum entſteht auch dadurch, daß der Gläubiger mit Hinterlaſſung mehrerer Erben verſtirbt. Wir haben früher Gelegenheit gehabt von dieſem Verhältniß ausführlich zu handeln [14]).

§ 150. Altersvorzug der Pfandrechte [1]).

Es iſt ein ſeltneres und mehr ausnahmsweiſes Verhältniß, wenn ſich mehrere Pfandrechte, welche gleichmäßig dieſelbe Sache umfaſſen,

13) Nach Glück Bd. 19 S. 332 ſoll dies die Praxis gethan haben vergl. die dort Cit.

14) oben S. 39 u. ff.

1) Ueber den Altersvorzug der Pfandrechte cfr. Negusantius p. V. m. 2.

Digitized by Google

in der Weiſe das Gleichgewicht halten, daß keins vor dem andern aus juriſtiſchen Gründen einen Vorzug anſprechen kann. Meiſtens hingegen wird ſich eine Ordnung der mehreren Pfandrechte feſtſtellen, ſo daß der eine Gläubiger dem andern nachſtehen muß. Und zwar iſt der regelmäßige Beſtimmungsgrund das Alter des Pfandrechts [2]). Aber es iſt dieſer Geſichtspunkt bekanntlich im römiſchen Rechte nicht der einzig dominirende. Nicht ſelten hat der jüngere Gläubiger den Vorrang, theils aus dem Grund, weil die Dazwiſchenkunft des jüngern Hypothekars eine früher bewilligte Pfandberechtigung zur Exiſtenz rief oder erhielt, theils weil die Begünſtigung gewiſſer Forderungen im öffentlichen Intereſſe zu liegen ſchien. Auch mußten unvollſtändig beglaubigte Pfandrechte gegen ſicher und unzweifelhaft bezeugte, wie wir ſehen werden, zurücktreten.

Der Vorzug des Alters bedarf kaum einer Rechtfertigung. Die Natur des Pfandrechts als jus in re bringt es mit ſich, daß das einmal begründete Recht Jedem gegenüber, der nicht im Moment der Begründung bereits unantaſtbare Rechte beſaß, geltend gemacht werden kann, daß es alſo namentlich auch einem Gläubiger gegenüber wirkt, der erſt nachher dingliche Rechte erhielt. Der Eigenthümer der Sache ſelbſt ſtand dem Hypothekar nach, die Rechtsconſequenz erfordert es, daß der Succeſſor deſſelben, auf den er nicht mehr Rechte übertragen konnte, als er ſelbſt hatte, ſich ebenfalls dem Rechte des Hypothekars unterordnen muß, gleichgültig, ob er die Exiſtenz deſſelben beim Erwerb kannte oder nicht. Demgemäß entſcheidet das Alter bei der Colliſion dinglicher Rechte jeder Art, es regulirt die Rechte Mehrerer, welchen ſucceſſive Realſervituten eingeräumt wurden, es beſtimmt die Ordnung, wenn dem einen Berechtigten ein Uſus, dem andern ein Uſusfruct verliehen wurde, es regulirt den Vorzug zwiſchen Servitut und Pfandrecht; ebenſo normirt die Regel qui prior tempore, potior jure die Stellung mehrerer Pfandrechte an derſelben Sache. Und zwar iſt es ohne Relevanz, aus welcher Quelle das Pfandrecht entſpringt, ob es der Partheiconvention oder dem Geſetz oder dem Richter ſeine Exiſtenz verdankt; es ſtehen nicht etwa, wie man

---

Bachov de pign. lib. IV. — Hepp dissert. qua inquiritur ex quo tempore hypotheca bona debitoris afficiat Lipsiae 1825. Dazu Zimmern in Schunks Jahrb. Bd. 2 S. 246 ff. Mayer Tüb. krit. Zeitſchrift Bd. 2 S. 71 ff. Hepp Archiv f. c. Pr. Bd. 10 S. 245 ff. Regelsberger zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte Erlangen 1859 dazu Fitting krit. Vierteljahrsſchrift Bd. I. S. 71 ff.

2) l. 4 C. h. t. 8, 18. l. 2 C. eod.

Digitized by Google

früher wohl zu behaupten verſuchte, die geſetzlichen Pfandrechte ſpäteren vertragsmäßigen nach, auch hat die ſpeciell ausgeſprochene Verpfändung keinerlei Vorzug vor dem an demſelben Object durch generelle Bewilligung früher entſtandnen Pfandrecht. Eine Ausnahme von der Regel, daß das Alter des Pfandrechts über ſeinen Rang entſcheide, findet ſich jedoch, wie wir früher nachgewieſen haben, beim pignus praetorium [3]).

Mit welchem Augenblick das Pfandrecht zur Entſtehung kommt und datirt, dies bedarf einer beſondern Ausführung nicht mehr; wir haben bei der Lehre von der Begründung des Pfandrechts dieſe Frage ſtets einer genauen Prüfung unterzogen. Nur wenige Detailpunkte ſind noch hier zu behandeln:

a) Wenn dieſelbe pfandrechtlich verſicherte Forderung ſucceſſive ratenweiſe durch Ceſſion übertragen wird, ſo ſtehen ſämmtliche Ceſſionarien ſich völlig gleich, ſie haben alle ein gleichgeltendes ſolidariſches Recht, da das Pfand für die ganze Forderung ungetheilt haftete. Wenn jedoch dem einen Ceſſionar früher, dem andern ſpäter fällige Forderungsraten übertragen wurden, ſo iſt der Vorzug des erſten als vermuthliche Abſicht der Contrahenten anzuſehen, wie dies namentlich bei der Ceſſion pfandrechtlich verſicherter, ſucceſſiv fälliger Miethzinsraten angenommen wird [4]).

b) Wir fanden früher, daß Adjudication eines Pfandrechts durch den Richter bei den Theilungsklagen nach den Grundſätzen des römiſchen Rechts als nicht zuläſſig ſei [5]), wir ſind deßhalb auf die Frage nach dem Datum eines ſolchen Pfandrechts nicht eingetreten. Die Anſichten indeſſen, die neuerdings über den Augenblick der Entſtehung deſſelben unter Vorausſetzung ſeiner Zuläſſigkeit aufgeſtellt wurden, differiren in hohem Grad, ſo ſcheinen uns einige Bemerkungen über das Datum dieſes Pfandrechts für den Fall, daß man daſſelbe ſtatuirt, am Ort. Es würde daſſelbe aber unſerer Anſicht nach nicht unbedingt vom Moment der Publication des Urtheils erſter Inſtanz an datiren, ebenſowenig aber ſchlechthin vom Augenblick an, in welchem das Urtheil rechtskräftig wird [6]). Vielmehr ſtünde es mit dem Pfandrecht, wie über-

3) Bd. I. S. 409 ff.

4) l. 13 D. qui pot. 20, 4.

5) Bd. I. S. 177.

6) Für das Erſtere Windſcheid Pand. I. S. 643, für das Letztere Regelsberger Priorität S. 109.

Digitized by Google

haupt mit Allem, was durch das Urtheil neu geschaffen wird, folgendermaßen. Ist ein Pfandrecht im erstinstanzlichen Urtheil constituirt, so ist es solange pendent, als die Frist zur Einlegung eines ordentlichen Rechtsmittels läuft; verfließt diese ohne Interposition oder läßt der Appellant das Rechtsmittel fallen, so gilt es als vom Moment der Publication jenes Urtheils an constituirt. Wird dagegen Appellation eingelegt und durchgeführt, so datirt es erst vom Augenblick der Sentenz des Appellationsrichters an, selbst wenn dieselbe nur confirmatorisch lauten sollte [7]). Ebenso verhält es sich mit den Urtheilszinsen, dem tempus judicati und ähnlichen Folgen, die an das Urtheil geknüpft sind.

c) Von nicht geringem, praktischem und principiellem Interesse ist die Frage, ob der Verpfänder nach gemeinem Recht befugt ist, sofort bei der Pfandrechtsbestellung für eine andere erst künftig zu begründende Schuld, deren Maximum etwa im voraus bestimmt ist, die Priorität vorzubehalten? Man könnte versuchen von folgendem Gesichtspunkt aus, diese Möglichkeit zu begründen und zu vertheidigen. Der Verpfänder, ließe sich sagen, welcher ein Pfandrecht bewilligt, kann dies wie unbeschränkt, so auch unter besondern Modificationen und Einschränkungen thun; er kann sich gleichsam als ein Stück der alten Freiheit seines Eigenthums die Macht vorbehalten, daß er noch andere vorgehende Pfandrechte bestelle. Wenigstens bei Servituten sind solche Einschränkungen bei der Bestellung nichts Ungesetzliches oder Ungewöhnliches. Aus einer Leitung kann die Wassermasse, welche eine gewisse Höhe überschreitet, einem Servitutberechtigten überlassen werden, während sich der Eigenthümer vorbehält, die Masse bis zu jener Mächtigkeit für sich zu vernutzen, so daß er in der Lage bleibt, diese Nutzung einem spätern Berechtigten durch Servitutbestellung zuzuwenden. Der Eigenthümer kann sich bei Constituirung einer Weideservitut reserviren, vor dem Servitutberechtigten hundert Stück Schafe auf das dienende Grundstück zu treiben, und er kann dann einem zweiten Servitutberechtigten dieses sein vorzügliches Recht concediren. Doch bei allen jenen Verhältnissen ist die erste Servitut durch ein objectives und inneres, auf die Natur der Nutzung bezügliches Merkmal begränzt, sie giebt dem Servitutberechtigten ein in sich abgeschlossenes und fertiges Recht, das durch

7) l. 6 § 1 D. de his, qui not. infamia 3, 2. l. 1 § 14 D. ad S. C. Turp 48. 16. l. 6 § 8 D. de injusto rupto 28, 3. l. 244 D. de V. S. 50, 16.

Digitized by Google

die möglicherweiſe noch ſpäter beſtellte Servitut nicht weſentlich berührt, weder vergrößert noch verkleinert wird. Ganz anders, wenn ſich der Verpfänder vorbehalten wollte, künftige Pfandrechte in's Leben zu rufen, welche dem jetzt beſtellten vorgehen ſollen. Die Pfandrechtpriorität iſt, wie wir dies ſpäter noch weiter ausführen müſſen [8]), kein ſelbſtſtändiges Recht, über welches der Berechtigte unabhängig vom Pfandrecht disponiren kann; es iſt vielmehr eine Qualität, welche unter beſtimmten rechtlichen Vorausſetzungen dem Pfandrecht mit Nothwendigkeit anhaftet. Das Verhältniß mehrerer Pfandrechte iſt nicht, wie dies bei den angeführten Servitutverhältniſſen der Fall iſt, ſo zu denken, daß Jedes auf eine beſondere für ſich beſtehende Stelle verwieſen iſt, ſo daß etwa eine vorgehende Stelle freibleiben kann. Jedes Pfandrecht ergreift vielmehr die ganze Pfandſache, nur daß die Exiſtenz beſſerer Pfandrechte das nachſtehende zunächſt in der Ausübung zurückdrängt. Iſt aber einmal ein Pfandrecht geſchaffen, welchem kein vorgehendes entgegenſteht, ſo nimmt es nun mit Nothwendigkeit den erſten Platz ein, es kann ein leerer Raum durch Privatbeſtimmung, weil dies dem Weſen des Pfandrechts entgegenſtünde, nicht begründet werden. Höchſtens ließe ſich demnach jenem Vorbehalt in der Art Wirkung geben, daß man denſelben als Begründung einer perſönlichen Obligation des Verpfänders dem Pfandgläubiger gegenüber auffaßt, wodurch er ſich verpflichtet [9]), zu Gunſten des künftigen Creditors auf die Priorität verzichten zu wollen.

d) Wo die Inſcription zur Begründung der Hypothek gehört, entſcheidet natürlich das Datum der Eintragung, nicht das des Eintragungsgeſuchs. Dies ergiebt ſich daraus, daß jeder Formalact erſt mit dem Moment, in welchem die Formalien vollſtändig perficirt ſind, juriſtiſche Exiſtenz hat. Doch wird das Gericht dem den Vorrang bei der Einſchreibung zu geben haben, der ſein Pfandrecht zuerſt anmel-

---

8) unten § 158.

9) Eine beſondere Schwierigkeit entſtünde unter der Annahme der entgegengeſetzten Entſcheidung, wenn Concurs über das Vermögen des Verpfänders ausbräche, wo denn deſſen Concursgläubiger Einweiſung in die noch leere Stelle verlangen würden. — Die ſ. g. Locustheorie ſpielt bekanntlich eine große Rolle in den Schriften über preußiſches Hypothekenweſen; vgl. von der Hagen die Hypothek des Eigenthümers Arnsberg 1836, doch auch hier iſt dieſe Theorie nicht begründet, was an dieſem Ort freilich nicht ausgeführt werden kann.

Digitized by Google

dete [10]). Es wird ein Fall berichtet, in welchem zwei Creditoren zugleich in die Gerichtsstube traten, der eine zuerst sein Schuldinstrument mit erhobener Hand vorzeigte, der andere sofort in dessen Rücken die Stimme erhob und sein Pfandrecht anmeldete. Das Gericht ertheilte dem die Priorität, der zuerst die mündliche Meldung machte [11]). Wir würden hier keinerlei Priorität angenommen haben.

e) Das Datum der Bestellung bestimmt dann über den Vorzug, wenn die mehreren Pfandrechte sämmtlich vom Eigenthümer der Sache herrühren, auch wird das Alter dann den Rang bestimmen, wenn die Pfandgläubiger ihre Rechte von demselben Nichteigenthümer herleiten oder wenn sie dieselben zwar von mehreren publicianischen Besitzern erhielten, die aber untereinander in einem Successionsverhältniß stehen [12]). War aber das Recht der Autoren von verschiedener Stärke, war etwa der eine publicianischer Besitzer, der andere Eigenthümer, so geht das vollwichtigere Pfandrecht natürlich dem minder gut fundirten, ohne Rücksicht auf das Alter, vor. Leiten die collidirenden Pfandgläubiger ihre Rechte von verschiedenen publicianischen Besitzern ab, deren Rechte von gleicher Stärke sind, so kommt das Alter der Pfandrechte gleichfalls nicht in Betracht; vielmehr giebt hier der Besitz die Vorhand [13]). In einem solchen Collisionsfall hat der nichtbesitzende Creditor dem Besitzer gegenüber kein Recht auf die hyperocha, ebensowenig ein jus offerundi et succedendi.

---

10) Freilich entstehen hieraus wieder Schwierigkeiten, wenn nach erfolgter Präsentation des Eintragungsgesuchs Concurs über das Vermögen des Verpfänders eröffnet wird. Ein Urtheil des dritten Senats des k. preuß. Obertribunals hat sich hierdurch bewogen gefühlt anzunehmen, daß das Recht der Hypothek schon mit dem Moment der Präsentation des begründeten Eintragungsgesuchs beginne. Entscheid des königl. Obertribunals v. Decker u. s. w. Bd. 47 1862 S. 178 ff.

11) Huber ad Pand. XX. 4.

12) vgl. über die verschiedenen Constellationen: Löhr Archiv Bd. 6 S 154. Bd. 14 S. 161 ff. Fritz Erläut. II. S. 496 ff. Vangerow § 384. Nicht hierher gehört die Afterverpfändung. Noch weniger der Fall, in welchem der Proprietar und der Usufructuar, also jeder ein anderes Object verpfändete.

13) l. 14 D. qui pot. 20, 4.

Digitized by Google

§ 151. Vom Pfandrecht in einer Privaturkunde und vom ſogenannten öffentlichen Pfandrecht[1]).

Der Theorie gemäß konnte in Rom die Pfandbeſtellung mündlich und ohne alle Form erfolgen; factiſch wurden über die Verpfändung faſt immer Urkunden aufgenommen und zwar in ſolcher Geſtalt, daß ſpäter an deren Aechtheit und dem Datum der Errichtung nicht mit Fug gezweifelt werden konnte. War es doch überhaupt im römiſchen Leben faſt ausnahmsloſe Regel, wichtigere Geſchäfte, die nicht unmittelbar beidſeitig ſich abwickelten, in Urkunden zu errichten[2]). In der claſſiſchen Zeit konnten aber nur ſolche Urkunden bei Gericht vorgebracht werden, welche eine beſtimmte äußere Form hatten und vor Zeugen ſolennisirt waren. Andere Urkunden konnten nach einer durch Senatusconſult confirmirten Praxis keinerlei Beachtung finden[3]). Dieſer

1) Die älteren Diſſertationen mit ihrer praktiſchen Tendenz ſind ebendeßhalb von wenig Werth für das röm. Recht; vgl. etwa Harprecht de p. p. Tub. 1714 (dissert. vol. I. n. 27). Schweder de auctoritate publ. Tub. 1716. Böhmer de praerogat. hypoth. publ. Hal. 1744. ferner Bolley Lehre von d. öffentl. Unterpfändern Tüb. 1802. Glück Bd. 18 S. 278 ff. Dagegen vergl. aus neuerer Zeit Löhr Archiv f. c. Pr. Bd. 6 S. 158 ff. Bd. 12 S. 161 ff. Geſterding Nachforſch. Bd. 2 S. 443 ff. Francke Beitr. S. 105 ff. Fritz Erl. I. S. 521 ff. Vangerow Pand. § 387.

2) Die Antedatirung eines Pfandrechts geſtaltet ſich, inſofern die Rechte vorgehender Gläubiger hierdurch verſchlechtert werden ſollen (l. 3 D. de fide instrumentorum 22, 4), zum Criminalverbrechen und zwar zum Falſum, zu welchem jede abſichtliche Corruption der im Verkehr benutzten Mittel zur Fixirung eines rechtlich relevanten Willens zu rechnen iſt. Ausdrücklich bezeugt dies l. 28 D. de lege Cornelia de falsis 48, 10. Si a debitore praelato die pignoris obligatio mentiatur, falsi crimine locus est. Der Schuldner hatte zu Gunſten eines Complicen eine Schuld und ein Pfandrecht fingirt und dieſem ein dem wirklichen Pfandgläubiger präjudicirliches älteres Datum angedichtet. Es war hier ein Falſum unzweifelhaft. Anderwärts ſcheint das gleiche Verbrechen als Stellionat behandelt zu werden. In der l. 4 C. stellionatus 9, 34 erklärt Philippus, nicht ohne Gefahr ſei es, den Pfandgläubiger von der frühern Verpfändung derſelben Sache in Unkenntniß zu laſſen; es finde eine extraordinaria criminis exsecutio ſtatt. Er ſchließt dann die Worte an: Proinde sive ignorantiam tuam debitor circumvenire tentaverit, seu obligatione rite perfecta participato fraudis consilio per subjectam quasi anteriorem personam dispendium tuum ad occultum compendium suum trahere pertentat, adire suum judicem potes. Es iſt anzunehmen, daß der Kaiſer hier nur ausſpricht, in beiden Fällen finde ein Criminalverbrechen ſtatt, nicht aber welcher Natur daſſelbe ſei. Im erſtern Fall charakteriſirt es ſich als Stellionat, im zweiten als Falſum. —

3) Paul. rec. sent. V. 25 § 6. Oben Bd. I. S. 182.

Digitized by Google

absolut durchgreifende Satz scheint nach der classischen Periode außer Gebrauch gekommen zu sein; in die justinianeische Sammlung ist er nicht aufgenommen. Gleichwohl blieb auch in der christlichen Kaiserzeit Regel, daß man Urkunden über Rechtsgeschäfte von Notaren (tabelliones) abfassen ließ[4]). Diese Notare hatten ihren Stand auf dem Markte, dem Mittelpunkt des Verkehrs und der Geschäfte, weßhalb die notariellen Urkunden forensia genannt wurden. Auch den Namen publica legte man ihnen bei, obgleich im specielleren Sinn der Ausdruck dazu diente, die vor öffentlichen Behörden ausgestellten Urkunden zu bezeichnen. Von den tabelliones verschieden waren die tabularii städtische Beamten, vor denen gleichfalls Rechtsgeschäfte errichtet wurden; indessen werden die Notare hie und da, wie es scheint, geradezu mit den tabularii identificirt.

Urkunden, die nicht vor solchen Notaren oder wenigstens vor drei Zeugen errichtet waren, erschienen, trotzdem man sie nicht schlechthin verwarf, immerhin als zweifelhaft und verdächtig, weil sie eine Garantie gegen Fälschungen, Antedatirungen nicht gaben. Da sie aber der Verkehr nicht ganz entbehren mochte, so schlug Kaiser Leo in einer Verordnung vom Jahre 469 einen Mittelweg ein.

> l. 11 C. qui potiores in pignore 8, 18. Scripturas, quae saepe assolent a quibusdam secrete fieri intervenientibus amicis nec ne transigendi vel paciscendi seu foenerandi vel societatis coeundae gratia seu de aliis quibuscunque causis vel contractibus conficiuntur quae idiochira graece appellantur, sive tota series earum manu contrahentium vel notarii vel alterius cujuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones sive testibus adhibitis sive non, licet conditionales sint quos vulgo tabularios appellant sive non, quasi publice conscriptas, si personalis actio exerceatur suum robur habere decernimus. Sin autem jus pignoris vel hypothecae ex hujusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit: eum qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi decernimus, etiamsi posterior is contineatur, nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptio-

4) cfr. Bethmann-Hollweg Gerichtsverfassung S. 205 ff., außerdem Glück Bd. 15 S. 278 ff. Wetzel System des Civilprozesses S. 145.

Digitized by Google

nes iisdem idiochiris contineantur, tunc enim quasi publice confecta accipiuntur. Dat. Kal. Jul. Constant. Martiano et Zenone conss. 469. —

Die Verordnung schreibt nicht solennisirten Privaturkunden, insoweit es sich um die Anstellung persönlicher Klagen handelt, volle Kraft zu; wenn hingegen ein Pfandrecht in solchen Urkunden bewilligt ist, so sollen Pfandrechte aus Urkunden vorgehen, welche entweder öffentliche sind oder doch die Beglaubigung von drei oder mehr Zeugen an sich tragen. Damit aber eine Urkunde im Sinn des Kaisers Leo eine gehörig solennisirte sei, ist gefordert:

a) entweder, daß sie vor einer Obrigkeit errichtet wurde oder

b) daß sie von einem Notar in gehöriger Form gefertigt sei. Es gehörte hierher Zuziehung von zwei Zeugen; Anerkennung einer Urkunde als Aeußerung ihres Willens durch die Partheien, Unterschrift durch die Partheien, den Notar, die Zeugen. Gerade an diese Form war bei Erlaß der Verordnung zunächst gedacht.

c) Es genügt endlich auch Zuziehung von drei Zeugen ohne Intervention eines Notars. Hierbei mußte aber entweder die ganze Urkunde vom Schuldner geschrieben oder doch wenigstens deren Bestätigung und Unterschrift durch ihn erfolgt sein [5]). Deßgleichen müssen die Zeugen selbst unterschrieben haben. Auch müssen diese Zeugen männlichen Geschlechts sein. Zwar sind Frauen nach römischem Recht nicht schlechthin von der Zeugnißablage ausgeschlossen, dasselbe scheint aber von dem Princip ausgegangen zu sein, daß Frauen da genügen, wo es nicht in der Gewalt des Handelnden stand, sich die Zeugen auszusuchen, dagegen nicht zu wählen seien, wo es sich um Beglaubigung eines künftig gerichtlich zu eruirenden Actes handelt [6]). Daß die Zeugen den Inhalt des Acts kannten, den sie durch ihre Mitwirkung solennisirten, ist nirgends verlangt. Wenn man hiefür angeführt hat [7]), daß die Hypothek nur dann eine öffentliche sei, falls die Zeugen von derselben wissen, so ist zu erwidern, daß nur die Form der Errichtung

---

5) Die Verordnung stellt nur die idiochira den publicae gleich.

6) Daß die Zeugen nicht probatae opinionis seien, hat natürlich der Product zu beweisen. Es gehört hierher Ehrlosigkeit, auch machen verwandtschaftliche Verhältnisse unfähig. Dagegen liegt kein Grund vor, mit Bülow und Hagemann VI. S. 297 auch Unterhändler oder Mandatarien bei dem Darlehen auszuschließen.

7) Pufendorf obs. IV. 198. Bülow und Hagemann Ex. Bd. 6 n. 71. Glück Bd. 18 S. 302. vgl. hierzu W. Pufendorf Observationen n. 31.

Digitized by Google

nach Leos Verordnung eine öffentliche oder gleichsam öffentliche ſein müſſe, keineswegs aber die Hypothek ſelbſt publik ſein ſollte. Daher kann auch keineswegs vom Schuldner die Erklärung bei Ausſtellung der Urkunde gefordert werden, eine öffentliche Hypothek zu conſtituiren, da dieſer Begriff dem römiſchen Rechte fremd iſt.

Die Verordnung Leos regelt nur das Verhältniß von Pfandrechten, die in ſolenniſirten Urkunden enthalten ſind, zu ſolchen, die in einfachen Privaturkunden bezeugt wurden. Wie aber ſteht es mit Pfandrechten, welche nicht durch Urkunden, ſondern auf andere Weiſe, insbeſondere durch Zeugen oder durch Eid feſtgeſtellt werden? Ueber dieſe Frage ſind die Anſichten außerordentlich getheilt.

1) Die Auffaſſung, welche ſich am gefälligſten präſentirt, iſt die des durchgreifenden Vorzugs des instrumentum publicum oder quasi publicum [8]). Es würde hiernach das öffentliche Pfandrecht allen andern gegenüber, mögen ſie nun durch Urkunden oder auf andere Weiſe bewieſen werden, vorgehen. Nicht allein auf die beſſere Beweiskraft der öffentlichen Urkunde wurde, behauptet man, geſehen, ſondern auch auf die Liquidität und leichte und ſichere Erkennbarkeit dieſer Beweiskraft, welche ſie vor der Privaturkunde und vor allen andern Beweismitteln immer oder wenigſtens durchſchnittlich voraus habe, indem bei jener und noch mehr bei dieſen häufig das Urtheil zwiſchen Annahme und Nichtannahme des Pfandrechts ſchwanken werde. Mit einem Wort, das was gegen Privaturkunden gelte, müſſe, meint man, um ſo eher gegenüber in anderer Weiſe bewieſenen Pfandrechten Anwendung finden.

2) Das entgegengeſetzte Extrem bildet die Anſicht, daß unſere Verordnung bloß den Zweck habe, die Verhältniſſe zwiſchen ſolenniſirten Urkunden und Privaturkunden zu regeln, daß aber Pfandrechte, deren Datum nicht durch Urkunden bewieſen würde, ganz unberührt an der Stelle blieben, welche ſie ohne unſere Verordnung gehabt hätten [9]). Es führt dies zu einem circulus inextricabilis. Wenn A. zuerſt ein durch Privaturkunde bewieſenes Pfand hätte, B. ein ſpäter conſtituirtes

8) Löhr Archiv Bd. 6 S. 153. Sintenis pfandrechtl. Streitfragen S. 110 ff. Pfandr. S. 270. Civilrecht I. § 80 not. 23. Puchta Pand. § 212. Keller Pand. § 206. Brinz Pand. I. S. 344.

9) Schweppe Concursprozeß § 73. Pand. (3. Aufl.) § 365. Seuffert Erört. II. S. 140 ff. Fritz Erläut. S. 520.

Digitized by Google

durch Zeugen darthun könnte, endlich C. ein Pfandrecht in einer öffentlichen Urkunde erhielte, so würde C. dem A.; B. dem C.; A dem B. das Pfand abnehmen und vindiciren können.

3) Die richtige Ansicht, welche zwischen beiden die Mitte hielt, geht dahin, daß Pfandrechte in nicht solennisirten Privaturkunden von Leo als zweifelhaft und verdächtig behandelt wurden, daß sie also nicht nur dem in einer solennisirten Urkunde enthaltenen, sondern schlechthin einem jeden Pfandrecht nachstehen, dessen Datum durch bessere Beweismittel festgestellt wird [10]). Nicht also um eine Bevorzugung der öffentlichen Pfandrechte handelt es sich, sondern um eine Mißtrauenserklärung gegen nicht solennisirte Privaturkunden [11]).

Nach dieser Auffassung hat Leo nicht einen völlig neuen Gedanken in's Recht eingeführt. Seine Verordnung schließt sich vielmehr an die älteren Bestimmungen an, wonach allgemein nicht solennisirte Privaturkunden kraftlos waren. Das gleiche Mißtrauen gegen solche Urkunden ist auch später lebendig. Besonders belehrend für das Verständniß der Verordnung Leos ist der weitere Gang der Gesetzgebung, welche sich wieder dem klassischen Rechte zu nähern sucht.

In der l. 17 C. si certum petatur 4, 2 bestimmt Justinian [12]), daß Urkunden über Darlehen, welche 50 Pfund Gold (15,200 Thaler) überschreiten, nur dann beachtet werden sollen „si testimonium trium testium probatae opinionis chirographum capiat, si contra hujus modi observationem chirographum ... proferatur, minime hoc admitti a judicantibus oportet.“ Auch hier macht sich das Mißtrauen gegen unbeglaubigte Privaturkunden geltend; während ein Beweis, der nicht durch Urkunden geführt wird, insbesondere Eidesdelation nicht ausgeschlossen ist. War dies hier ausschließlich für einen größeren Capitalumsatz vorgeschrieben, so verallgemeinert Justinian jene Vorschrift außerordentlich in der nov. 73 vom Jahre 538. Er spricht in

---

10) Mevius p. V. dec. 157 p. 8 dec. 362. Hofacker princ. II. § 1215. Gesterding Pfandr. S. 298. Nachforsch. l. c. S. 455. Wangerow Pand. § 387.

11) Es versteht sich daher auch, daß der Privatpfandgläubiger vorgehe, wenn in der später errichteten öffentlichen Urkunde auf sein Recht Bezug genommen und dieses anerkannt ist. a. Anf. Glosse d. ad h. l.

12) Ein Mißtrauensvotum gegen gewöhnliche Privaturkunden liegt ferner in der l. 20 C. de fide instr. 4, 21, nach welchen zur Schriftvergleichung nur benutzt werden sollten: a) documenta forensia oder b) von drei Zeugen unterzeichnete Urkunden. Modificationen enthält nov. 49 c. 2.

Digitized by Google

der Einleitung von den unzähligen Fälschungen, die seiner Zeit vorkämen, und von der Unsicherheit der Schriftenvergleichung; bestimmt dann, daß bei einem Schein über ein Depositum drei unbescholtene Zeugen zugezogen werden sollten; deßgleichen, daß eine Urkunde über ein Darlehen entweder auf dem Markt (vor dem Notar) oder doch vor drei unbescholtenen Zeugen errichtet sein müsse und erklärt des weiteren cap. 4 [13]):

> si quis quando vel deponit, vel mutuum dat vel aliter contrahit contentus sit sola scriptura ejus cum quo contrahit, penes ipsum erit, ut cognoscat se illius fidei totam rem commisisse et quantum ad scripturam secundum legem nostram non sufficiens fides instrumento addita videbitur, si vero praesentia testium, coram quibus contractus celebratus est aut fortasse ultimum negotii refugium — de jurejurando loquimur — eum juverit, non infirmamus id, quod factum est.

Indem hier ausdrücklich hervorgehoben wird, daß Privaturkunden über ein Depositum, ein Darlehen nichts beweisen, daß aber Zeugen oder Eid einen solchen Contract allerdings bewahrheiten könnten, ergiebt es sich aufs deutlichste, daß der leitende Gedanke, der auf den Urkundenbeweis bezüglichen Verordnungen der christlichen Kaiserzeit — also auch der Bestimmung von Leo — Mißtrauen gegen bloße Privaturkunden ist.

Es ist von dem gewonnenen Standpunkt aus noch eine Anzahl mehr specieller Fragen zu beantworten:

1) Hartnäckig ist der Streit, ob die Verordnung Leos bloß Conventionalpfandrechte oder ob sie auch gesetzliche und letztwillig verordnete, etwa aus einem fideicommissum heredi praesenti injunctum entspringende Pfandrechte betreffe, wenn diese aus nicht solennisirten Urkunden erwiesen werden sollen [14]). Viele finden, Leo, der in der Einleitung nur von solchen Forderungen handelt, die aus Verträgen entspringen,

---

13) Eine Ausnahme macht er hinterher für Contracte unter einer libra (304 Thlr.), deßgleichen für Contracte auf dem Lande.

14) Vielfach spielte Tendenz herein, indem man die Legalhypotheken den eingeschriebenen, die man eben mit den aus instrumenta publica hervorgehenden zu identificiren wußte, nachzusetzen suchte.

Digitized by Google

habe ausſchließlich an die Conventionalpfandrechte gedacht[15]). Es mag zugegeben werden, daß er dieſe zunächſt im Auge hatte, aber die Ausdrucksweiſe der Verordnung iſt allgemeiner, indem ſchlechthin hervorgehoben wird, daß der Pfandgläubiger, der ſich zum Beweis ſeines Rechts auf öffentliche Urkunden ſtützt, dem vorgehe, der nur Privaturkunden vorbringen könne. Dies paßt auch auf einen Gläubiger, der ſich zum Beweis einer geſetzlichen Hypothek auf nicht ſolenniſirte Privaturkunden beruft. Es liegt dieſe Erſtreckung aber jedenfalls in der Conſequenz des geſetzgeberiſchen Gedankens; denn wenn Mißtrauen gegen die nicht ſolenniſirte Urkunde den Geſetzgeber veranlaßte, die aus ihr erwieſene Conventionalhypothek nachzuſetzen, warum ſoll nicht Gleiches auch bei der aus ihr hergeleiteten Legalhypothek der Fall ſein. Der Einwand, daß man ſich über geſetzliche Pfandrechte häufig keine öffentliche Urkunde verſchaffen könne, z. B. bei dem Pfandrechte der Kirche wegen Verſchlechterung des Erbpachtguts, daß alſo der Schuldner durch ſpätere Verleihung von Pfandrechten in öffentlichen Urkunden die beſondere Begünſtigung des Geſetzes vereiteln könne, iſt unerheblich, wenn man nur von der richtigen Auffaſſung ausgeht, wonach jeder vollſtändig geführte Beweis über ein Pfandrecht, dem Nachweis durch öffentliche Urkunden gleichſteht. Noch weniger hat es auf ſich, wenn man angeführt hat, daß ein Recht, welches das Geſetz oder der Fürſt gebe, nicht weniger öffentlich ſei, als das, welches der Richter conſtituire[16]). In den betreffenden Fällen frägt es ſich eben, ob die Vorausſetzungen bewieſen ſind, unter denen das Geſetz ein Pfandrecht gewährt.

2) Sehr beſtritten iſt, ob das in einer ſolenniſirten Urkunde beglaubigte einfache Pfandrecht dem privilegirten vorgehe, welches nur durch eine nicht ſolenniſirte Privaturkunde bewieſen wird. Das Geſetz ſchreibt dem öffentlich beglaubigten Pfandrecht den Vorzug zu, auch wenn es ſpätern Datum trägt, alſo, könnte man ſchließen, er-

---

15) Hiefür u. A. Pufendorf obs. I. 211. Löhr Archiv f. c. Pr. Bd. VI. S. 158 ff. XII. S. 159 ff. Strube rechtl. Bed. Bd. I. n. 286. Fritz Erläut. S. 521. Windſcheid Pand. I. S. 645. Dagegen Francke Beitr. I. S. 105. Sintenis pfandr. Streitfragen S. 112. Pfandr. S. 272 ff. Seuffert Erört. II. S. 140 ff. Haimberger Archiv f. c. Pr. Bd. 21 S. 235 ff. Puchta Vorl. § 212. Brinz Pand. I. S. 344.

16) Leyser vol. III. spec. 226 n. 1. Huber tit. Dig. 20, 4 n. 29. Auch Brinz I. S. 344.

Digitized by Google

theilt es den Vorzug nicht in Concurrenz mit dem älteren privilegirten Pfandrecht. Auch wendet man ein, die Gesetze über die Privilegien seien specielle, die durch unsere generellere Norm nicht aufgehoben werden sollten; es sei nicht anzunehmen, daß Leo die Vorrechte des Fiscus, die wohlbegründeten Begünstigungen wegen versio in rem, Privilegien, die man zu seiner Zeit allein kannte, habe einschränken wollen [17]). Von dem Standpunkt aus, den wir eingenommen haben, entscheiden wir uns für die entgegengesetzte Ansicht. Der Zweck des Gesetzes ist zu verhüten, daß ein wohlbegründetes Pfandrecht nicht durch unvollständig beglaubigte, verdächtige Instrumente Nachtheil leide. Dies aber kann durch Simulation eines privilegirten Pfandrechts ebensogut geschehen als durch eine Antedatirung.

3) Da die in einer Privaturkunde ertheilte Hypothek nur deßhalb schlechteren Rechtens ist, weil sie unvollständig beglaubigt ist, so kann dieser Fehler für die Zukunft beseitigt werden, sei es dadurch, daß der Verpfänder eine solennisirte Urkunde ausstellt, sei es, daß er das Pfandrecht anderweitig anerkennt und hierüber dem Pfandgläubiger genügende Beweismittel in die Hand giebt [18]). Dies selbst dann, wenn der Verpfänder bereits insolvent ist; denn die Rechte der Chirographarien bleiben hierdurch unberührt, da ihnen gegenüber auch das Pfandrecht in der Privaturkunde vorgeht: aber auch ältere Pfandgläubiger, deren Rechte nur durch Privatscripturen beglaubigt waren, können sich nicht beschweren, wenn sie hierdurch zurückgesetzt werden, da sie vielmehr ihre eigne Nachlässigkeit in der Beschaffung vollständiger Beweise anzuklagen haben. Erst wenn dem Verpfänder die Disposition über sein Vermögen genommen ist, wie nach Einleitung des Concurses, kann er keinem der Pfandgläubiger mehr bessere Beweise verschaffen.

4) Untereinander ordnen sich Pfandrechte, die aus nicht solennisirten Urkunden geltend gemacht werden, wieder nach dem Alter. Man kann hierin eine Inconsequenz finden. Doch war wohl der Gedanke des Gesetzgebers, daß der, welcher sich selbst nur ein solches Beweismittel verschafft habe, gegen die Unverdächtigkeit des gleichen Mittels

---

17) Löhr Archiv Bd. 6 S. 157. Gesterding Nachforsch. l. c. S. 455. Fritz Erl. I. S. 518. Wangerow § 387 3) Windscheid Pand. I. S. 646. Für unsere Ansicht u. A. Westphal Pfandrecht § 166. Schweppe in seinem Magazin S. 149. Puchta Pand. § 212 b. Brinz Pand. I S. 344.

18) Die Agnition einer Privaturkunde im Prozeß genügt. a. Anf. Pufendorf I. obs. 197. Bülow und Hagemann II. n. 43.

Digitized by Google

in abstracto nichts einwenden könne. Lägen in concreto Verdächtigkeitsgründe vor, so müßte es ihm ohnehin unbenommen bleiben, dieſelben zur Geltung zu bringen.

Die Lehre des römiſchen Rechts hinſichtlich des Vorzugs ſolenniſirter Urkunden wurde von den Gloſſatoren und Poſtgloſſatoren dem urſprünglichen Sinn gemäß aufgefaßt und weitergebildet. Es ſind beſonders zwei Fragen, welche man zur Zeit der letzteren aufgeworfen hat. Einmal: ob gehörig geführte Bücher der Kaufleute den öffentlichen Urkunden gleichſtünden und ob die hieraus erwieſenen Hypotheken dieſelbe Kraft, wie die in ſolchen Urkunden niedergelegten, hätten. Man bejahte dies, weil eine Antedatirung hier nicht leicht möglich ſei [19]). Dann frug man, ob eine Hypothek in nicht ſolenniſirter Privaturkunde dem Käufer der Pfandſache entgegengeſtellt werden könne und entſchied ſich für die Verneinung, weil ſich auch hier die Möglichkeit finde, einen älteren Berechtigten durch eine Privatſcriptur und ein zugefügtes älteres Datum zu fraudiren [20]). Ganz neue Geſichtspunkte aber traten ein bei der Reception des römiſchen Rechts in Deutſchland.

Nach altgermaniſchem Recht war für die Beſtellung von Pfandrechten an Immobilien gerichtliche Auflaſſung erforderlich, an welche ſich bereits frühe die weitere Form der Eintragung in die öffentlichen Bücher anſetzte [21]). So beſtand an Immobilien einzig und allein ein gerichtsöffentliches Pfandrecht. In ſeiner Reinheit erhielt ſich indeſſen dieſer Zuſtand nach der Reception des römiſchen Rechts nur in wenigen Territorien, vielmehr nahm man die römiſchrechtliche Theorie über Conſtituirung von Hypotheken durch bloße Privatübereinkunft, man nahm die geſetzlichen und privilegirten Hypotheken des römiſchen Rechts in Deutſchland auf, doch ſo, daß man thatſächlich immerhin die Hypotheken vor dem Richter in alter Weiſe zu errichten und in die öffentlichen Bücher einzutragen pflegte. Hierbei ſuchte man das deutſche gerichtsöffentliche Pfandrecht mit dem aus instrumenta publica erhellenden des römiſchen Rechts zu identificiren und ihm ſo mindeſtens den Vorzug

19) Negus. p. V. m. 2 n. 47.

20) Paul de Castro cons. 393. Negus. p. V. m. 2. n. 49.

21) Beſeler deutſch. Privatrecht Bd. 2 S. 137 Anm. 29 und dort Cit. Gerber d. Pr. R. § 149.

Digitized by Google

vor bloßen Privathypotheken zu erhalten. Ein ganz fremdartiges Element bildeten aber die pignora quasi publica, mit welchen die deutsche Rechtsanschauung sich niemals befreundete und einen hartnäckigen Kampf zu führen hatte. Zuweilen setzte man sie den gerichtlich errichteten Hypotheken nach, häufig hob man sie ganz auf, hie und da behielt man sie bei, suchte sie aber dem Realcredit weniger gefährlich zu machen [22]).

Indessen war auch das römische sogenannte pignus publicum und das deutsche gerichtsöffentliche Pfandrecht in den Grundgedanken völlig verschieden. Der Ausgangspunkt des römischen Rechts war, daß die Hypothekbestellung ohne Zuziehung des Richters erfolgen könne und daß dessen Mitwirkung nur zu besserer Beglaubigung einer Urkunde räthlich sei, umgekehrt forderte das germanische Recht principiell, daß bei Begründung eines dinglichen Rechts an einer Immobilie das Gericht des Orts entwirke in dem die Sache liegt. Die innere Differenz der Institute trat daher sofort bei der Frage hervor, welcher Richter bei Begründung des pignus publicum zuständig sei. Nach römischem Recht konnte jedes Gericht ohne Rücksicht auf Competenzverhältniß eine öffentliche Pfandurkunde ausstellen, denn der incompetente Richter genießt das öffentliche Vertrauen nicht weniger als der competente [23]; nach germanischem Recht mußte die Verpfändung vor dem judex rei sitae geschehen. Dies Requisit trug man ziemlich allgemein in das recipirte römische Recht herein. So hat man auch in der Regel richterliche Cognition und Confirmation erfordert. Die Praxis suchte eben, bald mehr, bald weniger unterstützt durch die Gesetzgebung der einzelnen Territorien, einen den germanischen Anschauungen entsprechenden, möglichst leidlichen Zustand zu schaffen. Indessen mußte eine solche äußerliche Identificirung zu einer Menge von Streitfragen führen, die um

---

22) Churſächſ. Conſtit. v. 1572 p. II. c. 23, „es ſollen aber die gerichtlichen Verpfändungen allen andern hypothecis, ſo nicht coram judice geſchehen, fürgehen, ungeachtet ob die andern der Zeit halber älter wären." Ganz aufgehoben werden die quasi publica aber durch die erl. Prozeßordnung von 1724 ad tit. 44 § 1. — In Würtemberg kannten die ältern Landrechte von 1554 und 1567 nur gerichtliche Hypotheken, das rev. Landrecht von 1610 Th. II. Tit. 7 recipirte die hypothecae quasi publicae und erſt ein Generalreſcript vom 3. Mai 1736 ſetzte ſie den Privatunterpfändern gleich. In Hannover erhielten ſich die hypothecae quasi publicae bis in die neueſte Zeit, doch hat die Jurisprudenz ſie nicht gerade begünſtigt.

23) Pufendorf obs. III. 53 u. 54. Dag. Pufendorf animadvers. 98. Struben rechtl. Bed. I. 18.

Digitized by Google

so mehr anwuchsen, je mehr man das römische Recht in seiner Reinheit erkannte [24]).

§ 152. Privilegien wegen versio in rem [1]).

Das später begründete Pfandrecht erhält den Vorrang gegenüber dem früher bewilligten, wenn durch dasselbe das letztere zur Existenz gebracht oder in seiner Integrität erhalten wurde. Die Neuern sprechen hier von einem Pfandprivilegium wegen versio in rem [2]); den Römern ist für dies Verhältniß dieser Ausdruck unbekannt. Derselbe bezeichnet aber Grund und Character des Privilegiums befriedigend mit einem Schlagwort.

Unter den Pfandprivilegien ist ohne Zweifel dieses das älteste; gleichwohl wird man es schwerlich über die Zeit Hadrians hinaufsetzen dürfen. Nur die spätern classischen Juristen gedenken desselben; es ist offenbar das Product einer sehr verfeinerten juristischen Speculation. Wohl mochte das Vorzugsrecht seinen Begründern als ein Sieg des materiellen Rechts über die Consequenzen formaler Strenge, als ein Postulat ausgleichender Gerechtigkeit erscheinen. Es schien eine innerlich motivirte Anwendung des Satzes vorzuliegen, daß Niemand sich auf fremde Kosten bereichere. So viel sich aber an und für sich für dieses Privilegium sagen ließ, dennoch bildete es einen Schritt auf abschüssigem Boden. Wie gefährlich es ist, selbst aus wohlbegründeter Rücksicht von der Logik der Principien abzuweichen, dies hat die spätere Geschichte der Pfandrechtspriorität zur Genüge gezeigt.

Voraussetzung unseres Privilegs ist ein Doppeltes: Einmal Constituirung einer Forderung, durch deren Resultat früher bewilligte Pfandrechte zur Existenz kamen oder erhalten und verbessert wurden und außerdem gleichzeitige Begründung eines Pfandrechts für diese Forderung.

1) Constituirung einer Forderung, welche mittelst einer Verwen-

---

24) vgl. K. Reck das deutsche Credit- und Hypothekenwesen H. 2 Göttingen 1832.

1) Negusantius de pign. V. m. 2 n. 15. Bachov lib. IV. cap. 9. Glück Bd. 19 S. 303 ff. Seuffert Erört. II. S. 118 ff. Zimmern in seinen und Neustetels Unters. S. 282 ff. Fritz Erläut. Bd. I. S. 509.

2) Seit Schweppe jurist. Mag. H. I. n. 6 S. 81 ff. System des Concurses § 70. Heise Grundr. 2. Aufl. S. 52 Anm. 24.

Digitized by Google

dung auf das Vermögen des Schuldners die nothwendigen Existenzbedingungen für die älteren Pfandrechte herstellt oder ihren intensiven Gehalt vergrößert. Das Entscheidende ist das objective Moment, Begründung des fraglichen Vortheils für die älteren Gläubiger aus den Mitteln des jüngeren. Daß der jüngere Pfandgläubiger, um das Privilegium zu erwerben, gerade die Absicht hatte, im Interesse der älteren Pfandgläubiger zu handeln oder daß seine Intention auf den Erwerb dieses Privilegiums gerichtet war, ist nicht erforderlich. Der Gesichtspunkt einer negotiorum gestio liegt also nicht zu Grunde. Es ergiebt sich dies mit Sicherheit daraus, daß das Privilegium, wie nicht zu bezweifeln steht, auch eintritt, wenn der spätere Creditor von der Existenz älterer Pfandrechte nichts wußte.

Wenn nun aber der Erwerb des Privilegiums von der hierauf gerichteten Absicht unabhängig ist, so ist doch der Begriff der Verwendung bedingt durch das Zusammentreffen eines objectiven und eines subjectiven Elements [3]). Benutzte nämlich der Schuldner die vom älteren Pfandgläubiger herrührenden Mittel aus freiem Entschluß zur Erhaltung einer Sache, an der ältere Pfandrechte haften, so fehlt die Unmittelbarkeit des Causalnexus zwischen der Begründung der Forderung des Nachhypothekars und dem der Sache zugewendeten Vortheil. Es erscheint vielmehr für den spätern Gläubiger als ein reiner, nicht zu berücksichtigender Zufall, daß die Verwendung gerade aus Zuschüssen erfolgte, die von ihm herstammten. Nur wo der Creditirende seinen Vorschuß zu einem nützlichen Zweck bestimmte, liegt also eine Verwendung vor. — Im folgenden ist näher zu untersuchen, welchen Charakters der Vortheil für die älteren Hypothekarien sein muß, falls ein Privilegium entstehen soll.

a) Ohne Zweifel fand das Privilegium seine älteste Anwendung dann, wenn der Verpfänder im Voraus Pfandrechte an einer künftig zu erwerbenden Sache ertheilt hatte und erst durch den Vorschuß eines spätern Hypothekars diese Sache erwarb, also dann, wenn die ältere Pfanderspectanz der spätern Forderung ihre Verwirklichung dankt [4]).

---

3) Daher konnte ein Vorzugsrecht auch nicht entstehen in dem von Seuff. Archiv VI. 162 referirten Fall. Es hatte eine Ehefrau ihrem Ehemann zwar ein ihr anfallendes Capital zur Wiederherstellung seines Hauses gegeben. Allein es stand dies Capital schon ohnedem in seiner Nutznießung und Verwaltung und er war also zu beliebiger Verwendung an sich berechtigt.

4) Eine gründliche Dissertation über diesen Fall des Privilegs ist: Pfizer de

Digitized by Google

Nichts als eine Unterart dieſes Falls liegt vor, wenn eine Generalhypothek auch in Bezug auf alle künftigen Sachen des Verpfänders conſtituirt iſt und wenn dieſem ſpäter ein Capitaliſt Vorſchüſſe zum Erwerb einer Sache macht, an der er ſich eine Hypothek beſtellen läßt. Nach den allgemeinen Principien, wie wir ſie früher entwickelt haben, hätte unter den mehreren anticipirt beſtellten Pfandrechten das Datum der Bewilligung entſcheiden müſſen. Aber es ſchien hier, wo ein dingliches Recht der ältern Gläubiger vor dem Erwerb der Sache noch gar nicht exiſtirte, ein Ablaſſen von der Rechtsconſequenz zu Gunſten des ſpäteren Hypothekars, der den Erwerb vermittelte, beſonders natürlich.

Zweifelhaft iſt, ob dieſes Privilegium bereits von Scävola im 27. Buch ſeiner Digeſten l. 21 § 1 D. qui potiores 20, 4 [5]) erwähnt wird; dagegen wird es unzweideutig vorausgeſetzt von Papinian im 11. Buch ſeiner Reſponſen in l. 3 § 1 D. qui potiores 20, 4, es wird von Ulpian in der l. 7 § 1 D. eod. auch auf den Fall eines geſetzlichen Pfandrechtes angewendet, in principieller Faſſung aber ausgeſprochen erſt von Diocletian in der l. 7 C. qui potiores in pignore 8, 18 und ſpäter von Juſtinian in der Nov. 97 c. 3.

Nicht ſelten hat man das Privilegium dem Grundgedanken des Inſtituts zuwider einzugrenzen geſucht. Die Quellen erwähnen daſſelbe

---

pignore privilegiato, quod mutuando ad rem comparandam adquiritur Stuttgardiae 1792. cfr. Koch (Rumpler) de pecunia ad emendum credita Giesae 1783.

5) In dem dort vorgetragenen Fall hatte ein Gläubiger einem Marmorhändler unter Verpfändung von Marmorſteinen Geld vorgeſchoſſen, mit welchem die Verkäufer dieſer Steine befriedigt wurden; jener Händler war auch Miether der kaiſerlichen Magazine, und da er den Miethzins nicht entrichtete, wollte der dieſem Einkommen vorgeſetzte Procurator die fraglichen Steine zur Tilgung der Fiscalforderungen verkaufen. Auf die Frage, ob der Privatgläubiger die Steine jure pignoris zurückhalten könne, antwortet Scävola bejahend. Hätte nun der Fiscus, deſſen Forderung in dem unterſtellten Fall offenbar älter war, als die des Privatgläubigers, in der Unterſtellung von Scävola ein Pfandrecht gehabt, ſo könnte ſich das Vorrecht des Hypothekargläubigers nur auf unſer Privilegium ſtützen. Die Annahme eines fiscaliſchen Pfandrechts aber in unſerer Stelle iſt zweifelhaft, da zu Scävolas Zeit das ſtillſchweigende Generalpfandrecht des Fiscus an dem Geſammtvermögen ſeiner Contractſchuldner noch nicht anerkannt war. Außerdem iſt nirgends geſagt, daß die Marmorſteine, wie man allerdings anzunehmen geneigt ſein könnte, ſich gerade in den gemietheten kaiſerlichen Magazinen befanden und etwa aus dieſem Grund dem Fiscus verpfändet waren.

Digitized by Google

mit besonderer Beziehung auf den Erwerb einer Immobilie oder auch eines Schiffs. Hier und da wollte man es daher nur bei solchen Objecten zulassen, nicht bei gewöhnlichen Mobilien [6]). Aber in der Hervorhebung jener Objecte liegt nur ein vom Gesetz gewähltes Beispiel, der Grund des Privilegiums greift bei Sachen jeder Art ein. Ausdrücklich gesteht zudem die Nov. 97 dasselbe zu beim Bau eines Hauses, beim Kauf eines Ackers oder irgend einer Sache (ἤ τι τῶν ἄλλων). Ebenso unbegründet war es, zu fordern, daß der Verpfänder die anticipando verpfändete Sache gerade durch Kauf aus den Mitteln des spätern Hypothekars erworben habe oder daß die Fabrication derselben durch Unterstützung seiner Vorschüsse erfolgt sei. Vielmehr genügt jeder Erwerb in Folge des Creditirens durch den spätern Hypothekar [7]). Daher auch in folgendem Fall. Der Schuldner, der dem A. eine Generalhypothek bewilligt hat, erhält ein Legat unter der Bedingung, einem Dritten eine Geldsumme zu geben; zur Herbeischaffung dieses Gelds nimmt er von B. ein Darlehn auf und verpfändet ihm die legirte Sache; B. geht hier dem A. vor.

Dagegen ist selbstverständlich gefordert, daß der Vorschuß wirklich den Erwerb vermittelt habe. Hat der Verpfänder eine Sache gekauft, wurde ihm creditirt und tradirt und nimmt er jetzt Geld auf, um seinen Verkäufer zu befriedigen, so kann die hierfür bewilligte Hypothek keinen Vorzug vor ältern Generalhypotheken beanspruchen; denn der Verpfänder war bereits Eigenthümer geworden, und die Abzahlung des Verkäufers brachte den ältern Hypothekarien keinen Nutzen. Anders freilich, wenn zwar das Eigenthum an den Verpfänder übertragen war, aber unter einer lex commissoria, dann würde für das zur Abzahlung des Kaufpreises gegebene Darlehn ein Privilegium entstehen, nicht weil die Existenz, sondern weil die Erhaltung der vorgehenden Pfandrechte von diesem Vorschuß abhängig war.

Die moderne Praxis nimmt an, daß unser Privilegium auch dem Verkäufer zustehe, der den Kaufpreis creditirte, aber sich hierfür eine Hypothek an der verkauften Sache reservirte. Dies, wie uns scheint,

---

6) Pfizer diss. cit. § 14. Koch diss. cit. § 13 p. 23. Gmelin Ordnung d. Gl. S. 163. Thibaut Pand. 7. Aufl. § 655 9). Dagegen Glück Bd. 19 S. 307 Ausführlich Fritz Erl. S. 510. Bangerow § 386 Anm. 1. 3).

7) Pfizer l. c. p. 14. Glück Bd. 19 S. 309.

Digitized by Google

der Consequenz des Rechts gemäß [8]). Die anticipando bestellten Hypotheken kommen durch Creditirung des Kaufpretiums zur Existenz, daher muß auch das hiefür bewilligte Pfandrecht vor jenen privilegirt sein. Natürlich muß aber der Verkäufer die Hypothek ausbedungen haben, ehe er dem Käufer creditirt hat, indem nur dann die Verhypothecirung dem älteren Gläubiger von Nutzen war. Es ergiebt sich hieraus, daß ein privilegirtes Pfandrecht auch hat, wer eine Immobilie dem Gemeinschuldner gegen Reichung eines Leibgedinges abtrat und sich wegen desselben ein Pfandrecht vorbehielt [9]). Ebenso hat der Verpachter ein privilegirtes Pfandrecht an den Früchten des Pachtguts wegen des rückständigen Pachtzinses [10]); denn nur durch den Pachtcontract und die mit ihm coincidirende Legalhypothek des Verpachters kommen die Früchte in das Eigenthum des Pachters und fallen in eine von diesem im Voraus bewilligte Generalhypothek.

b) Nachdem man den Gläubiger privilegirt hatte, durch dessen Vorschüsse ältere Pfanderspectanzen zur Existenz gerufen wurden, schien es nicht fern zu liegen, auch dem ein ähnliches Privilegium zuzugestehen, welcher zur Erhaltung einer Pfandsache creditirt hatte. Diesen Schritt that die römische Praxis, wie uns scheint, erst in der letzten Zeit der classischen Jurisprudenz. Ulpian der einzige, welcher hiervon vor Justinian berichtet, stützt sich nicht auf die Autorität älterer Juristen, sondern führt blos, wie dies bei Neuerungen zu geschehen pflegt, die Billigkeit des Privilegs als bestimmenden Grund an.

l. 5 pr. D. qui pot. in pignore 20, 4. Ulpianus libro 3. Disputationum: Interdum posterior potior est priore, ut puta si in rem istam conservandam impensum est, quod sequens credidit, veluti si navis fuit obligata et ad armandam illam rem vel reficiendam ego credidero.

l. 6 D. eod. Ulpianus libro 73 ad edictum: Hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam quod poterit

---

8) Gegen die gesetzliche Zuständigkeit des Privilegs in diesem Fall: u. A. Glück l. c. S. 314. Zimmern Abh. S. 286 Anm. 8. Schröter in Lindes Ztschrft. Bd. I. S. 340. Seuffert Erört. II. S. 121. Sintenis Pfandr. S. 628. Für dieselbe u. A. Thibaut civ. Abh. S. 317. Puchta Pand. § 211. Vangerow § 386 Anm. 1. 3). Arndts Pand. § 385 Anm. 2. Windscheid Pand. I. S. 648.

9) Gmelin Ordnung d. Gl. S. 389.

10) Schweppe Magazin l. c. S. 96. Dag. Seuffert Erört. II. S. 122.

Digitized by Google

quis admittere et si in cibaria nautarum fuerit creditum, sine quibus navis salva pervenire non poterat.

Der Jurist giebt ein Princip und einzelne Fälle als Beispiele. Wo das Princip zutrifft, ist auch in andern Fällen das Privileg anzuwenden, z. B. wenn Jemand Prozeßkosten vorlegte und sich an der Condemnationssumme ein Pfandrecht bestellen ließ [11]). Aber auch nur soweit die Sache erhalten wurde reicht das Privileg. Wäre die Grundfläche eines Hauses 1000 werth, der Gebäudewerth 9000 und würden zu nothwendiger Reparatur desselben 1000 vorgeschossen, so müßte der erste Creditor wegen der 1000, welche der Boden repräsentirt, vorgehen, dann folgte der privilegirte Gläubiger und es schlösse Primus mit dem Restbetrag seiner Forderung die Reihe. — Dem Grundcharakter des Privilegs entsprechend muß es gleichgültig sein, ob der Gläubiger, was meistens der Fall sein wird, und was die Quellen zunächst unterstellen, Geld vorschoß, oder ob er Dienste leistete und sich wegen des hieraus entstehenden Creditums ein Pfandrecht bestellen ließ. Doch ist auch dies nicht unbestritten geblieben [12]).

Besonders zweifelhaft aber ist, ob das Privilegium nur solange dauert, als der Vortheil, den der spätere Gläubiger den älteren verschafft hat, noch direct oder indirect fortwirkt, oder ob es sich, wie die Meisten anzunehmen scheinen, auch später noch erhält. Denken wir, ein Darlehn ist zur Reparatur eines verpfändeten Gebäudes gegeben und für dasselbe ein Pfandrecht bewilligt, das Gebäude brennt aber nachträglich völlig ab. Hier haftet das Pfandrecht des jüngern Hypothekars ohne Zweifel nach wie vor an dem Platz und künftig wieder errichteten Gebäuden; erhält sich aber auch das Privilegium, wenn etwa aus den Mitteln des Schuldners ein Neubau erfolgt? Uns scheint die Verneinung allein berechtigt. Der jüngere Hypothekar ist nicht um deßwillen bevorzugt, weil er dem ältern einen Vortheil zuwenden wollte: die Grundsätze der negotiorum gestio, bei der es auf den Beginn, nicht auf den Effect ankommt, können daher nicht entscheiden; vielmehr stützt sich das Privileg darauf, daß der ältere Hypothekar nicht den Werth, den der jüngere in die Sache verwendet hat, für sich in Be-

---

11) Faber Codex 8, 8 def. 7.

12) So von Zimmern l. c. S. 286. cfr. aber Seuffert Erört. l. c. S. 190. Seuff. Archiv Bd. V. 259.

Digitized by Google

ſchlag nehme; iſt daher dieſer Werth geſchwunden [13]), ſo fehlt der innere Grund des Privilegs [14]).

c) Hat die römiſche Jurisprudenz auch dem ein Privilegium zugetheilt, deſſen Creditum nicht die Erhaltung älterer Pfandrechte vermittelte, wohl aber den Werth der Pfandſache vermehrte [15])? Man beruft ſich für daſſelbe darauf, daß Ulpian in der l. 5 pr. D. qui pot. 20, 4 ein Creditum zur Ausrüſtung eines Schiffs als privilegirt bezeichnet, und daß hierin nur eine nützliche Verwendung zu liegen ſcheint. In der That aber iſt dieſe Aufwendung zur Erhaltung des Pfandobjects nothwendig. Das Schiff, das ohne Ausrüſtung im Hafen bleibt, würde dort verfaulen. So betrachtet auch Ulpian die Sache, er ſpricht zunächſt als Princip des Privilegs aus: si in rem istam conservandam impensum est und führt als Beiſpiel die Ausrüſtung des Schiffs an. Dagegen kann die nov. 97 cap. 3 allerdings für das Privilegium der bloß nützlichen Verwendung angeführt werden. Es wird dort als privilegirt bezeichnet „qui domum aedificari curaverit", der Bau eines Hauſes aber, auf früher unbebauten Platz, gehört zu den nützlichen Verwendungen.

Selbſtverſtändlich aber iſt nach unſern frühern Ausführungen, daß ſich dies Privilegium auf den Betrag beſchränkt, um welchen der Werth des Pfands erhöht iſt [16]). Auch iſt der Vorzug wegen der nützlichen Verwendung kein abſolut durchgreifender. Denken wir, für eine Forderung von 10,000 iſt ein Areal im Werth von 5000 verpfändet und durch die Intervention eines ſpäteren Pfandgläubigers, der 5000 zur Errichtung eines Gebäudes vorſchoß, iſt der Werth des Pfandobjects auf 14,000 geſtiegen, ſo iſt Primus wegen 5000 nach wie vor an erſter Stelle zu lociren, dann kommt Secundus zur Befriedigung, da

13) Betrug dagegen das Gebäude im Moment der Refection 900, die Koſten der Herſtellung 100 und ſinkt der Werth des Ganzen auf 500, ſo hat dies keinen Einfluß auf das Privilegium des Reficirenden, weil eben ohne die Refection den ältern Hypothekarien — vom Bauplatz abgeſehen — nichts geblieben wäre.

14) Die Priorität kann daher bis zur Vornahme des Pfandverkaufs wechſeln. Hat der ältere Hypothekar den Reficirenden durch Oblation einmal abgefunden, ſo ſteht ihm nach ſpäter zu entwickelnden Grundſätzen (§ 166) keine Rückforderung zu, wenn das Product der Verwendung wieder verſchwindet.

15) Gegen das Privilegium für impensae utiles Sintenis Pfandr. S. 625 not. 2 wohl auch Bangerow § 386 Anm. 2. 3). Brinz Pand. I. S. 343. Für die Ausdehnung u. A. Keller Pand. § 205. Windſcheid Pand. I. S. 648.

16) Dieſe Beſchränkung vertheidigt Windſcheid Pand. I. S. 648. cfr. jedoch Wächter Archiv f. c. Pr. Bd. 14. S. 371.

Digitized by Google

der Mehrwerth durch ſeine Intervention in den Pfandnexus getreten iſt, auf den Reſt wird wieder Primus locirt. Gar keinen Grund hätte es den Primus mit Bezug auf den urſprünglichen Pfandwerth, der ſich unverändert erhielt, von ſeiner Stelle zu verdrängen.

Zum Schluß dieſer Betrachtungen iſt noch hervorzuheben: Das Privilegium deckt die Forderung inſoweit, als ſie zur Realiſirung des vorgeſteckten Zweckes nothwendig war. Es ſichert alſo nicht nur das Capital, ſondern auch die Zinſen, welche verſprochen werden mußten. Ob auch eine etwaige Conventionalſtrafe? Auch ſie iſt durch daſſelbe verſichert, wenn die Hinzufügung derſelben nach Lage der Verhältniſſe nicht vermieden werden konnte [17]).

2) Das Privilegium erfordert weiter, daß unmittelbar mit der Creditirung ein Pfandrecht für die Forderung beſtellt wurde, welche die Verwendung herbeiführt. Würde die Beſtellung des Pfandrechts erſt ſpäter erfolgen, nachdem die Forderung conſtituirt war und der Schuldner bereits die Mittel zur Verwendung in Händen hatte oder nachdem er wenigſtens einen feſten Anſpruch gegenüber dem Gläubiger auf Auszahlung dieſer Mittel erworben hatte, ſo wäre die Pfandrechtsbeſtellung zu Gunſten des ſpätern Gläubigers nicht mehr den älteren Hypothekaren von Vortheil [18]) und es fiele der Grund unſeres Privilegiums weg [19]). Es iſt aber gleichgültig, ob das Pfandrecht des Vertirenden durch Vertrag oder durch Geſetz entſtand [20]). Daher hebt Ulpian hervor, daß der Pupill, mit deſſen Geldern von einem Dritten Objecte angeſchafft wurden, für das ihm erwachſende geſetzliche Pfandrecht unmit-

17) a. Anſ. Negusantius p. V. m. 2 n. 15 v. tertio.

18) Es genügt alſo nicht, wie Glück l. c. S. 305 annimmt, daß die Verpfändung der Sache geſchah, ehe das Eigenthum der Sache auf den Schuldner überging.

19) Fraglich iſt das Privilegium in folgendem Fall. Während Abweſenheit des Eigenthümers nimmt ein negotiorum gestor zur Erhaltung einer Sache Geld auf und verpfändet dieſelbe hiefür. Später genehmigt der Eigenthümer dieſe Hypothek. Wir erklären uns gegen die Exiſtenz des Privilegiums, da die Hypothek erſt durch die Genehmigung des Eigenthümers entſteht, dieſe aber den älteren Hypothekaren, deren Pfand bereits gerettet iſt, keinen Vortheil mehr gewährt. Ebenſo ſteht es, wenn der Creditor die Lehnsſache unter Vorausſetzung der Zuſtimmung des Lehnsherrn verpfändet und dieſe erſt nach der Creditirung erfolgt. So auch Leyser med. vol. VII. spec. 485 n. 3.

20) Hätte Jemand von einem bonae fidei possessor für Vorſchüſſe zur Erhaltung einer Sache ein Pfandrecht erhalten, ſo würde dies den Gläubigern vom Eigenthümer her nicht vorgehen, obgleich deren Pfandrechte durch jene Vorſchüſſe erhalten wurden. Denn ihnen gegenüber hat das vom bonae fidei possessor bewilligte Pfandrecht keine Bedeutung.

Digitized by Google

relbar ein Privilegium gegenüber den Creditoren erhalte, welchen jener Dritte anticipando Pfandrechte bewilligt hat[21]). Ebenſo würde der Fiscus, welcher zur Erhaltung einer Sache Vorſchüſſe machte, für ſein geſetzliches Pfandrecht ein Privilegium haben. Der Natur der Sache nach ſcheint auch das keinen Unterſchied machen zu können, ob der Verwendende ſich blos an der Sache, um deren Erwerb oder Erhaltung es ſich handelt, ein Pfandrecht beſtellen ließ, oder ob er ein Generalpfandrecht an dem Geſammtvermögen des Eigenthümers jener Sache und hiermit implicite auch an dieſer erhielt. Denn die relevante Thatſache iſt doch nur, daß der Verwendende an dem fraglichen Object ſei es auch nur implicite ein Pfandrecht erhielt[22]), ob daneben noch Anderes verpfändet wurde, muß gleichgültig ſein. Freilich ſcheint hiermit im Widerſpruch zu ſtehen die l. 7. C. qui potiores 8, 18:

> Diocletianus et Maximilianus Juliano. Licet iisdem pignoribus multis creditoribus diversis temporibus datis priores habeantur potiores, tamen eum, cujus pecunia praedium comparatum probatur, quod ei pignore esse specialiter statim convenit, omnibus anteferri juris auctoritate declaratur.

Uns ſcheint die Specialverpfändung der mit dem Gelde des ſpätern Gläubigers angeſchafften Sache um deßwillen hervorgehoben, weil aus ihr von ſelbſt erhellt, daß der von ihm gegebene Vorſchuß zu dem Zwecke gemacht war, daß mit demſelben die fragliche Sache erworben werden ſolle[23]). Würde aber ſonſt feſtſtehen, daß der Vorſchuß zum Erwerb einer beſtimmten Sache gemacht ſei, ſo würde unſerer Anſicht nach eine Generalhypothek am jetzigen und künftigen Vermögen gleichfalls genügen[24]).

---

21) l. 7 pr. D. qui pot. 20, 4.

22) Die Anſichten ſind ſehr getheilt. Für unſere Meinung: Cujacius rec. ad Cod. ad l. cit. (vol. IX. p. 1139). O.-A.-G. zu Celle nach Spangenberg zu Strube Bed. Bd. III. p. 448. Weſtphal Pfandr. § 158. Fritz Erl. I. S. 513. Unbefriedigend aber iſt die Erklärung, daß specialiter ſoviel bedeute als ausdrücklich. Dagegen u. A. Faber conject. jur. civ. lib. VIII. cap. 11. Gmelin Gant. S. 392. Glück l. c. S. 304. Seuff. Erört. II. S. 122.

23) vgl. l. 3. D. qui pot. 20, 4 und unten die Lehre von der hypothekariſchen Succeſſion, beſonders § 162.

24) Das Privilegium kann nur dem gegenüber geltend gemacht werden, der aus demſelben Vortheil zog. vgl. hierüber § 156 Kraft der Privilegien gegenüber Pfandrechten vom Autor 4).

Digitized by Google

§ 153. Privilegium des Fiscus.

Der Fiscus hat nicht nur eine Legalhypothek wegen der Steuern und Contracte; ſeine Pfandberechtigung wurde auch bereits zur Zeit der claſſiſchen Jurisprudenz mit Privilegien verſehen und demnach vor ältern Pfandrechten von Privaten beſonders bevorzugt.

1) Daß das Pfandrecht des Fiscus wegen der Steuern privilegirt ſei [1]), geht aus der unbefangenen Betrachtung folgenden Geſetzes hervor.

> l. 1 C. si propter publicas pensitationes 4, 46. Imp. Antoninus A. Materno. Venditionem ob tributorum cessationem factam revocari non oportet neque priore domino pretium offerente neque creditore ejus jura hypothecae sive pignoris praetendente; potior est enim causa tributorum, quibus priore loco omnia bona cessantis obligata sunt.

Allerdings iſt auch dies Privilegium keineswegs ganz unbezweifelt geblieben [2]). In der That iſt auffallend, daß in einer andern Entſcheidung von Antoninus dem Fiscus wegen der Steuern zwar ein Pfandrecht, keineswegs aber ein Privilegium zugeſchrieben wird [3]). Man hat daher die angeführte Entſcheidung von Antoninus aus der Unterſtellung erklären wollen, daß der Fiscus in dem gerade vom Kaiſer beſprochenen Fall ein der Zeit nach älteres Pfandrecht gehabt habe, und man hat angenommen, daß gerade hierauf die Schlußworte der Verordnung hindeuteten [4]). Indeſſen ſtimmt hiermit die Haltung unſerer Stelle nicht überein, welche nach der Wahl ihrer Ausdrücke einen allgemeinen und abſtracten Rechtsſatz, nicht eine durch concrete Verhältniſſe motivirte Entſcheidung geben will. Der Kaiſer erklärt den Verkauf von Vermögensobjecten des Steuerpflichtigen durch den Fiscus wegen rückſtändiger Steuern für gültig und ſpricht dem Pfandgläubiger des

---

1) cfr. Bd. I. S. 351.

2) Wächter Archiv Bd. 14 S. 385.

3) l. 1 C. in quibus causis 8, 15.

4) Wenn Juſtinian bei Fixirung der Stellung der Dotalhypothek unſeres Privilegiums nicht gedenkt, ſo kann dies nicht gegen deſſen Exiſtenz angeführt werden, weil der Kaiſer wohl immer nur an die Colliſion der Rechte von Privatgläubigern dachte, die Anſprüche wegen der Steuern aber ohnehin als ſchlechthin über andere erhaben anſah.

Digitized by Google

Steuerpflichtigen jedes Recht der Revocation ab; er nimmt hierbei durchaus keine Rücksicht darauf, ob dessen Hypothek in concreto älter oder jünger ist, als das Recht des Fiscus. Dieses Privileg des Fiscus sucht er dann theoretisch zu construiren, indem er erklärt, das Vermögen des Steuerpflichtigen sei wegen der Steuern in erster Linie verpfändet; daß der Fiscus die zeitliche Priorität gehabt habe, liegt in den Worten „cui priore loco res obligata est“ nicht [5]).

2) Viel bestrittener noch ist, ob dem Fiscus auch wegen Contractsforderungen ein privilegirtes Pfandrecht zustehe [6]). Folgende Aeußerung von Ulpian libro III. disputationum wird als Quelle dieses Vorzugsrechts betrachtet.

> l. 28 D. de jure fisci 49, 14. Si qui mihi obligaverat, quae habet habiturusque esset, cum fisco contraxerit, sciendum est in re postea acquisita fiscum potiorem esse debere Papinianum respondisse: quod et constitutum est; praevenit enim causam pignoris fiscus.

Wie entschieden auch der Wortlaut dafür spricht, daß dem Fiscus hier ein Privilegium [7]) vor der früher bewilligten Generalhypothek des Privaten an der nach dem fiscalischen Contract erworbenen Sache [8]) zugetheilt wurde, so ist dasselbe doch von jeher auf Bedenken und Wi-

---

5) Für den Fall, daß der Fiscus seine Ansprüche auf rückständige Steuern cedirte, hat man dem Fiscus nicht selten den Vorzug vor seinen Cessionarien gegeben, indem man den Grund des Privilegs darin erblickte, daß das öffentliche Interesse vor dem privaten den Vorzug haben müsse. Leyser med. ad Pand. vol. VII. spec. 482 med. 7 corr. Es scheint uns dies nicht gerechtfertigt, jene Cessionarien stehen an des Fiscus Statt, sie exerciren dessen Rechte und können ihm daher nicht nachgesetzt werden.

6) Die neueste Abhandlung ist von Schlayer Linde's Zeitschrift n. F. Bd. 20 S. 186 ff. mit zahlreichen Literaturangaben.

7) Für das Pfandprivilegium Bartolus ad h. locum, Negus. p. V. m. 2 n. 5 in fine. Glück Pand. Bd. 19 S. 249 ff. Seuffert Erört. II. S. 123 ff. Gesterding Pfandr. S. 262 ff. Klenze Ztschrft. f. g. R. VIII. S. 386. Fritz Erl. I. S. 503 ff. Sintenis Pfandr. S. 630. Wächter Archiv f. c. Pr. Bd. 14 S. 378 ff. Vangerow § 386 Anm. 1. Puchta Pand. § 211. Arndts Pand. § 385 not. b.

8) Daß der Fiscus in der Regel kein Privilegium vor den übrigen Conventionalgläubigern hat, bezeugt Ulpian lib. VII. disputat. (l. 8 D. qui pot. 20, 4). Si pignus specialiter res publica acceperit dicendum est, praeferri eam fisco debere, si postea fisco debitor obligatus est: quia et privati praeferuntur. Zu bemerken ist aber die Hervorhebung der Specialverpfändung, welche darauf hinweist, daß bei einer Generalhypothek der Satz nicht allgemein wahr ist.

Digitized by Google

derſpruch geſtoßen. Warum ſollte dem Fiscus gerade nur ein Privilegium an dem nach dem fiscaliſchen Contract Erworbenen zugetheilt ſein! Wie ſollte Papinian, der als Juriſt das Recht zu entwickeln und weiter fortzubilden, nicht aber neues Recht zu ſchaffen hatte, ein ſinguläres fiscaliſches Privilegium in's Leben gerufen haben! Dazu kommen andere Geſetzesſtellen, die einen Widerſpruch gegen die Exiſtenz eines ſolchen Privilegs zu involviren ſcheinen.

So hielt man für geboten, den Vorzug des Fiscus in unſerer Stelle ſtatt aus dem Privilegium aus andern Gründen zu erklären. Am nächſten lag es, ein älteres Datum des fiscaliſchen Pfandrechts in der l. 28 zu ſupponiren [9]). Doch dagegen ſpricht der Wortlaut aufs Entſchiedenſte. Das Recht des Fiscus iſt im Perfect erwähnt, das des Privatgläubigers im Plusquamperfectum. Daher mußte man ſich, um die zeitliche Priorität des Fiscus zu ſtatuiren, auf den gefährlichen Boden der Textesänderung begeben [10]). Man las obligaverit ſtatt obligaverat, contraxerit ſtatt contraxerat. Das Mißliche und Verfehlte ſolcher Antaſtungen leuchtet ein. Nicht beſſer gelungen ſind die Verſuche durch Unterſtellung ganz beſonderer, complicirter, factiſcher Umſtände, die in die Entſcheidung hineingetragen werden, das dem Fiscus zugeſchriebene Pfandrecht zu begründen [11]). Demgemäß iſt das

9) Schon Gloſſe ad h. l. Donellus de pign. c. 12. Cocceji jus contr. XX 4 qu. 7. Weſtphal rechtl. Beſtärkung, daß herrſchaftl. Ford. Halle 1778. Pfandr. S. 242. Seuff. Archiv II. n. 263.

10) Riedel über die l. 28 D. de jure fisci in Linde's Zeitſchrift n. F. Bd. 13 S. 286. Fornerius selectionum lib. III. cap. 24 (Otto thes. II. p. 74) las durch Gemination quum cum fisco contraxerit.

11) So läßt ſich gewiß die Unterſtellung nicht rechtfertigen, daß Jemand in dem von Papinian behandelten Fall, nachdem er ſein ganzes Vermögen verpfändet hatte, nun eine Sache vom Fiscus pachtete, die er ſpäter eigenthümlich erwarb, wo denn der Fiscus in der Weiſe ein Vorzugsrecht wegen der rückſtändigen Pachtgelder haben ſoll, als wenn er ein Pfandrecht an ſeiner Sache ſchon vor der Veräußerung gehabt hätte. Es iſt dies die Hypotheſe von Hennemann. Ueber die bevorzugte Hypothek des Fiscus in den nach dem Contract erworbenen Gütern des Schuldners: Schwerin und Wismar 1800. Doch wo findet ſich eine Spur von einem ſolchen Pachtverhältniß in der l. 28 cit. Auch wird ſich die modificirte Geſtaltung, welche Schlayer l. c. dieſer Unterſtellung giebt, kaum mehr empfehlen. Hiernach ſoll der Fiscus ein Pfandrecht gegenüber dem frühern Eigenthümer der Sache gehabt und ſpäter die Pfandexecution durchgeführt haben, bei welcher die Pfandſache an einen Schuldner veräußert wurde, der einem Privatgläubiger eine Generalhypothek bewilligt hatte. Das frühere Pfandrecht des Fiscus an der Pfandſache ſoll hier bis zu deſſen völliger Befriedigung vorgehen. Völlig verkünſtelt endlich iſt die

Digitized by Google

Privilegium des Fiscus nicht abzuleugnen und nur die Frage kann sich erheben, wie sich dessen Entstehung wissenschaftlich oder historisch erklärt. Auch hierüber gehen die Meinungen sehr auseinander.

a) Der verbreitetste Gedanke ist, daß der Fiscus zwar nicht einen Vorzug vor ältern Pfandgläubigern erhielt, wohl aber vor den Gläubigern, deren Pfandrechte nach allgemeinen Grundsätzen gleichen Rang hätten [12]). Hier soll dem Fiscus das Privilegium zugestanden worden sein nach Analogie des privilegium exigendi, wodurch derselbe bei einfachen, sich an und für sich gleichstehenden Forderungen gleichfalls ein Vorrecht erwirbt. Allein diese Ansicht giebt einmal dem pfandrechtlichen Privilegium des Fiscus eine in den Gesetzen nirgends bezeugte und eben deshalb nicht zu billigende Ausdehnung auf alle Fälle der Collision gleichberechtigter Pfandrechte [13]). Dann aber scheint uns entschieden unrichtig, daß die successive an einer künftig zu erwerbenden Sache bestellten Pfandrechte gleich berechtigt seien, vielmehr entscheidet unter ihnen nach früheren Ausführungen [14]) das Datum der Bestellung.

b) Eine andere Ansicht geht dahin, daß die allgemeinen Grundsätze über die Priorität dazu führten, daß das gesetzliche Pfandrecht bereits vom Datum seiner Bewilligung, das Conventionalpfandrecht hingegen erst vom Erwerb der verpfändeten Sache durch den Verpfänder datire [15]), so daß der Fiscus als Legalpfandgläubiger nach allgemeinen Principien an der später erworbenen Sache dem Conventionalpfandgläubiger vorgehe. Auch diese Auffassung ist sicherlich ungegründet, da

---

Erklärung von Unterholzner jurist. Abhandl. S. 87 ff., daß nämlich Jemand, welcher ein Generalpfand an seinem Vermögen constituirt hatte, eine Sache daraus an den Fiscus verkauft habe, und daß hier der Fiscus mit seinem Eigenthumsrecht dem Pfandrecht des Hypothekargläubigers vorgehen solle, mit andern Worten, daß dieses in solchem Fall getilgt sei.

12) Cujacius obs. X. 22. Hellfeld (Joh. ab Eitzen) disp. de hypotheca fisci in opusc. n. X. Eichmann Abh. von dem Pfandrecht des Fiscus Leipzig 1773. Klenze Zeitschrift für gesch. Rechtsw. Bd. 8 S. 397. Göschen Pand. Bd. 2. § 350. Puchta Pand. § 211 not. c. Vangerow Pand. § 386.

13) Riedel l. c. S. 204 flgnde.

14) Oben Bd. I. S. 241. vgl. auch Schlayer l. c. S. 200 Anm. 21.

15) Huschke Gieß. Zeitschrift Bd. 20 S. 204. Bachofen Pfandr. S. 260. Ueber die verwandte Meinung von Anton Faber conjecturae II. cap. 10 vgl. Schlayer l. c. Anm. 59.

Digitized by Google

sich eben die Priorität an der anticipando verpfändeten Sache schlechthin nach dem Datum der Bestellung richtet [16]).

c) Der richtige Gesichtspunkt scheint uns folgender: Die mit dem Fiscus Contrahirenden, man denke namentlich an die Unternehmer, welche die Steuern gegen eine Aversionalsumme pachteten, erhielten hierdurch Summen in die Hand, die sie nicht selten statt zur Befriedigung der fiscalischen Ansprüche zu eignen Zwecken verwandten. Um nun die Staatskasse möglichst zu sichern, stellte die Jurisprudenz geradezu die Präsumtion auf, daß die Zahlungen, welche die Fiscalschuldner an Dritte nach Abschluß des fiscalischen Contracts leisteten, mit öffentlichem Geld erfolgt seien. Daher ergab sich das exorbitante Privileg, daß der Fiscus das vom Fiscalschuldner seinen Privatgläubigern gezahlte Geld diesen wegnehmen durfte.

> l. 18 § 10 D. de jure fisci 49, 14. Papinianus tam libro sexto quam undecimo responsorum scribit, ita demum publicam auferri pecuniam ei, qui quum erat creditor in solutum pecuniam accepit, si aut sciebat, quum accipiebat, publicum quoque esse debitorem aut postea cognovit, antequam consumeret pecuniam: sed placet omnimodo ei pecuniam auferendam esse, etiam si ignoravit cum consumeret . . .

Papinian betrachtet das vom Fiscalschuldner ausgegebene Geld schlechthin als pecunia publica. Wendete man nun diese Betrachtungsweise auf Anschaffungen an, die der Fiscalschuldner machte, so ergab sich, daß dieselben mit Geld, das vom Fiscus herstammte, bezahlt seien; hieraus folgerte man aber consequent, daß die Hypothek des Fiscus ein Vorzugsrecht an solchen Erwerbungen erhielt, da — unter der gedachten Präsumtion — das ältere Anrecht des Privatgeneralhypothekars erst durch Vermittlung des fiscalischen Contracts zur Entstehung kam. Papinian combinirte also in der l. 28 nur unsere Präsumtion und das Privilegium wegen in rem versio. In diesem Zusammenhang verschwindet das oben berührte Bedenken, das man gegen die Existenz unseres Privilegs erhoben hat. Es liegt in demselben keine rein willkührliche Schöpfung, dergleichen man einem Juristen, wie Papinian, nicht zutrauen konnte, sondern eine conse-

16) vgl. Bd. I. S. 245 ff. Schlayer l. c.

Digitized by Google

quente Entwicklung von Prämissen, die einmal im Recht vorhanden waren [17]).

Gewiß sind auch die Gesetzesstellen, die man häufig gegen unser Privilegium anzuführen pflegt, nicht von entscheidendem Gewicht. In der l. 2 C. de privilegio fisci 7, 73 bestimmt Antonin:

> Quamvis ex causa dotis vir quondam tuus tibi sit condemnatus, tamen si prius quam res ejus tibi obligarentur, cum fisco contraxit, jus fisci causam tuam praevenit. Quodsi post bonorum ejus obligationem rationibus meis coepit esse obligatus, in ejus bona cessat privilegium fisci.

Der Vorzug des Fiscus wird hier ganz von seinem höhern Alter abhängig gemacht und für diesen Altersvorzug merkwürdigerweise der Ausdruck gebraucht, der in der l. 28 cit. den Vorzug in Folge des Privilegiums bezeichnet: „praevenit causam pignoris fiscus.“ Allein es ist hier von einer nach dem fiscalischen Contract durch den Gemeinschuldner erworbenen Sache nicht die Rede [18]). Wollte man aber den Ausspruch auch auf solche Objecte beziehen, so läßt sich denken, daß man das Privilegium des Fiscus gegenüber der gleichfalls so begünstigten Dos neutralisiren wollte, so daß bei dieser Collision zweier Privilegirten ausschließlich der Vorzug des Alters entschied. Ebenso wenig bedenklich ist die Entscheidung von Scävola l. 21 D. qui pot. 20, 4. Dem Juristen wird der Fall vorgetragen, in welchem Titius der Seja für eine Schuld aus einer Vormundschaft eine Generalhypothek bestellte und dann mit dem Fiscus unter Verpfändung seines Vermögens contrahirte, endlich mit der Seja unter Erneuerung ihrer Hypothek novirte. Der Hauptzweck der an Scävola gerichteten Frage war nun, ob Seja trotz der Novation ihrer Forderung — in Folge der hypothekarischen Succession — ihren Vorrang behalte. Er bejaht dies aber allgemein auch in Bezug auf die nach dem ersten Contractschlusse, also auch

---

17) Für den innern Zusammenhang des fiscalischen Privilegiums mit der Lehre der versio in rem findet sich zudem ein merkwürdiger, äußerer Fingerzeig, der auch früher nicht übersehen wurde, darin, daß Ulpian im dritten Buch seiner disputationes und wohl in unmittelbarem Zusammenhang von beiden Privilegien gehandelt hat, so daß l. 5 und l. 7 D. qui pot. 20, 4 und l. 28 D. de jure fisci 49, 14 ursprünglich der Wahrscheinlichkeit nach ein Ganzes ausmachten.

18) Bangerow Pand. § 386. Seuffert Erört. II. S. 130. vgl. Schlayer l. c. S. 194 ff.

Digitized by Google

während der Dauer des fiscalischen Contracts erworbenen Objecte. — Dies fällt um deßwillen nicht allzuschwer in die Wagschale, weil allem Anschein nach erst Papinian unser Privilegium in's Leben rief, so daß Scävola, der ältere Jurist von demselben nichts wußte. In der Compilation ließe sich etwa zur Ausgleichung des Widerspruchs der Gesetze annehmen, das Privilegium des Fiscus erleide beim Zusammenstoß mit der Hypothek eines Pupillen wegen Vormundschaftsansprüche eine Unterausnahme, da auch der Pupill eine privilegirte Person ist und besondere Berücksichtigung verdient [19]).

Was die praktische Anwendung unsers Privilegiums betrifft, so versteht es sich von selbst, daß der Fiscus, welcher dasselbe exerciren will, die einzelnen angeblich nach dem fiscalischen Contract vom Schuldner erworbenen Objecte bezeichnen und den Nachweis liefern muß, daß sie erst später erworben wurden [20]). Ob der Fiscus als Vindicant auftritt oder im Besitz der Pfandsachen ist, ist für die Beweislast in dieser Richtung gleichgültig [21]). — Erscheint der von uns für das Privilegium des Fiscus aufgestellte Grundgedanke als richtig, so wird man dasselbe nicht eintreten lassen in Bezug auf eine nach dem fiscalischen Contract dem Verpfänder angefallene Erbschaft; desgleichen in Hinsicht der Sachen, welche ihm nachher nachweislich geschenkt wurden. Auf bereits erworbene, aber erst nach dem fiscalischen Contract bezahlte Sachen des Schuldners findet das Privilegium schon dem Wortlaut des Gesetzes nach keine Anwendung [22]).

3) Privilegirt war nach römischem Recht auch das Pfandrecht des Staats am Vermögen des primipilus wegen einer Primipilarschuld [23]). Dasselbe ging in classischer Zeit auch ältern Hypotheken von Privaten vor; im justinianeischen Recht ist es selbst der sonst so sehr begünstigten

19) So Bartolus, Salicetus ad l. 21 cit. Negusantius p. V. m. 2 n. 30 u. 42. vgl. übrigens über die ganze Entscheidung die Erörterung von Schlayer l. c. Anm. 20.

20) Seuffert Archiv XI. 20.

21) vgl. auch Strube rechtl. Bedenken I. 38 V. 96, der freilich eine Präsumtion für den Fiscus aufstellt, wenn der Schuldner (von seinen Eltern) nichts ererbt hatte.

22) Unhaltbar ist die Ansicht, daß das Privilegium erst von dem Zeitpunkt an eintritt, in welchem der Schuldner dem Fiscus gegenüber im Rückstand ist. Seuff. Archiv XI. 21.

23) vgl. oben Bd. I. S. 346.

Digitized by Google

Dotalhypothek gegenüber bevorzugt [24]). Die Praxis machte nicht selten von diesem Privilegium bei Forderungen des Fiscus an Kriegscommissäre, Proviantmeister Anwendung. Der Strenge nach läßt sich dieselbe nicht rechtfertigen, da das besondere Amt des römischen primipilus heut zu Tage natürlich nicht mehr existirt; der Umstand aber, daß wir ähnliche Aemter haben, zu einer solchen Uebertragung nicht genügt [25]). Keinesfalls aber kann der Fiscus dieses Privilegium gegenüber andern Beamten, wie Rentmeistern, Steuereinnehmern beanspruchen, wenn auch aus den ihnen anvertrauten Kassen die Bedürfnisse des Heeres bestritten werden.

§ 154. Privilegium der Dotalhypothek [1]).

Bekanntlich hat Justinian der Ehefrau nicht nur ein gesetzliches Pfandrecht zur Sicherung ihres Heirathsguts zugetheilt [2]), sondern dieses auch durch die l. 12 C. qui potiores in pignore 8, 18 vom 27. November 531 mit einem Privilegium bekleidet, wodurch es ältern Pfandgläubigern vorgehen soll. Die Motive, welche Justinian bei Verleihung dieses Privilegiums leiteten, waren zunächst, wie er selbst hervorhebt, Rücksichten der Humanität und des Mitleids mit der ungünstigen bürgerlichen Stellung der Frauen. Das Vermögen der Ehefrau wird entweder ganz oder doch zum großen Theil ihrem Mann als Dos anvertraut, erhält sie diese nach Auflösung der Ehe nicht zurück, so ist sie der Mittel zur Erhaltung ihrer Existenz beraubt, ohne daß ihr die socialen Verhältnisse, wie einem Mann, Hülfsquellen zum Neuerwerb offen stellen. War daher Verlust zu tragen, so erschien es angemessener, daß die Darlehnsgläubiger und ähnliche Creditoren, als daß die hülflose Frau hiervon betroffen werde. Hierzu kam aber eine Erwägung von mehr juristischer Natur. Das Dotalvermögen ist einem selbstständ-

24) l. 3 C. de primipilo 12, 63.

25) Als praktisch betrachtet es noch u. A. Strube rechtl. Bed. V. 12. Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. 8. S. 9—11. Göschen Vorl. § 350 I. 2. Gegen die praktische Geltung Pütter auserlesene Rechtsf. 4. Bd. 2. Th. resp. 395 n. 27—30. Glück Pand. Bd. 19 S. 268.

1) Faber conject. lib. VIII. cap. 11 sq. Bachov de pign. lib. IV. cap. 12. Scharlach obs. pract. de dotis privilegio Hanoverae 1798. Laband privilegii dotis origo historia atque indoles Vratislaviae 1858. Bangerow § 386 Anm. 1. 2).

2) Bd. I. S. 385.

Digitized by Google

digen Zweck, der Bestreitung der Kosten der Ehe bestimmt. Der Ehemann sollte es von dem eigenen Vermögen getrennt halten. Insoweit er dies nun wirklich that, die Dotalsachen erhielt oder durch neue ersetzte, hat Justinian der Frau eine vindicatio utilis gegeben, wodurch sie ihre Dotalsachen zurücknahm und den Creditoren entzog [3]). Wo dies aber auch nicht geschieht, denkt sich der Kaiser den Theil des Vermögens des Mannes der aufgewendet werden müßte, um der Frau die Dos zu restituiren, geradezu als dotal, weil es ja die Verbindlichkeit des Mannes gewesen wäre, dieses Vermögen getrennt zu halten und mit dem seinigen nicht zu confundiren. Eine äußerliche Anknüpfung an das ältere Recht gab endlich das privilegium exigendi, welches der Frau bei Rückforderung ihrer Dos chirographarischen Gläubigern gegenüber zugetheilt war [4]), Pfandrechten gegenüber aber freilich keine Bedeutung hatte.

Lassen wir den Intentionen Justinian's Gerechtigkeit wiederfahren, so hat gleichwohl die Geschichte sein Privilegium verurtheilt. Es war ein anerkennenswerthes Bemühen, das Schicksal armer Frauen zu mildern, aber die Bedürfnisse des gesammten Verkehrs wurden durch diese Begünstigungen Einzelner verletzt, die Sicherheit des Realcredits auf's Tiefste erschüttert und die Zwecke, welche dem Institut des Pfandrechts zu Grunde liegen, durch diese eine Bestimmung zum großen Theil vereitelt. Im Einzelnen ist hervorzuheben:

1) Justinian gesteht der Frau das Privilegium nur zu, wenn dem Ehemann die Dos wirklich inferirt wurde, das Vermögen desselben also einmal realiter vergrößert war.

> l. 12 C. qui potiores 8, 18 . . . mulieri nunc indulgemus privilegium, licet res dotales vel ex his aliae comparatae non exstent, sed quocunque modo vel dissipatae vel consumtae sint, si tamen re ipsa fuerint parti mariti datae.

Hat daher der Dosbesteller eine Dos zwar versprochen, aber nicht eingezahlt, und trifft den Mann eine Schuld bei der Beitreibung, so

---

3) l. 30 C. de jure dotium 5, 12.

4) Erwähnt wird dasselbe in l. 22 § 13 D. sol. matr. 24, 3. l. 17 § 1. l. 18. l. 19 D. de r. a. j. 42, 5. l. un. C. de privilegio dotis 7, 74. l. 74 D. de jure dot. 24, 3. Dem Fiscus stand dies Privilegium nach; Paul. sent. V. 12 § 10. Ueber die res publica cfr. l. 9 C. de jure dotium 5, 12, wo postea schwerlich irrelevant ist. a. Aufl. Laband l. c. S. 28.

Digitized by Google

haftet er zwar der Frau mit der actio de dote, und es ist dieser Anspruch auch durch eine einfache Hypothek gesichert, aber ein Privilegium scheint uns nach den angezogenen Worten und den Grundgedanken der justinianeischen Verordnung nicht einzugreifen.

2) Justinian unterscheidet in der l. 12 cit. noch nicht, ob die Frau Restitution ihrer ursprünglich gegebenen Dos oder einer erst später zugezahlten Ergänzung (des s. g. augmentum dotis) fordere [5]). Es scheint aber die Machination nicht selten geworden zu sein, daß Schuldner, die den Concurs herankommen sahen, ihren Frauen Empfangsbekenntnisse über angeblich während der Ehe eingezahlte Dotalsummen ausstellten, so daß diese auf Grund solcher simulirten Bekenntnisse die vorhandenen Activen als privilegirte Hypothekarien wegnahmen und den fremden Gläubigern nichts übrig ließen. Deshalb bestimmt Justinian durch eine Verordnung vom Jahr 539 Nov. 97 cap. 2, daß die Frau ihr Privilegium wegen des augmentum dotis nur dann ausüben könne, wenn dieses in Immobilien bestehe, wobei eine Täuschung nicht unterlaufen könne. Denn was von Anfang an — sofort bei Abschluß der Ehe — geschehen sei, erscheine nicht als verdächtig, was aber später vorgenommen wurde, das sei als zum Nachtheil der Creditoren geschehen zu erachten, Niemand aber solle durch das Dotalprivilegium lädirt werden [6]).

Wo die Grenze zwischen einer ursprünglichen Dosbestellung und einer Dotalergänzung liege, kann freilich unter Umständen zweifelhaft sein. Spätere Einzahlung einer bei Abschluß der Ehe versprochenen Dos bildet kein augmentum dotis. Wenn aber zwar eine künftige Vermehrung bei Eingehung der Ehe in Aussicht gestellt war, eine feste Verpflichtung jedoch noch nicht existirte, so liegt in späterer Einzahlung ein Augment; z. B. der Vater verspricht am Tag der Hochzeit seiner Tochter, ihr Heirathsgut solle ihr jährlich vermehrt werden, je nachdem seine ausstehenden Forderungen eingehen würden [7]). Wäre bei Ein-

---

5) Ueber das augmentum dotis vgl. hannöv. Magazin Bd. VII. S. 192.

6) Die Verordnung fährt fort: si vero nullum debitum viri nec ulla suspicio fraudandorum creditorum adsit tum et in pecunia et prout voluerit, augmenta ab iis fiant. Hieraus läßt sich schließen, daß die Frau wegen des augmentum, falls ihr Mann zur Zeit der Vermehrung schuldenfrei war, ein Privilegium hat, mit dem sie der spätern aber wegen versio in rem privilegirten Hypothek die Spitze bietet.

7) Seuff. Archiv Bd. XII. n. 165.

Digitized by Google

gehung der Ehe gar keine Dos gegeben und ſpäter eine ſolche ausgezahlt, ſo müßte dieſe Einzahlung nach dem Gedanken Juſtinian's wie eine Vermehrung betrachtet werden und das Privilegium entbehren.

3) Das Dotalprivilegium ſteht nur der Ehefrau perſönlich zu, nicht aber ihren Erben; die Frau ſoll ihr Heirathsgut, das unentbehrliche Mittel für ihre Subſiſtenz nicht verlieren, ihre Erben betrachtet Juſtinian als gewöhnliche Gläubiger [8]). So ging auch das alte privilegium exigendi, welches der Ehefrau im Concurs ihres Mannes wegen der Dotalforderungen zuſtand, auf ihre Erben nicht über. Ob aber nicht wenigſtens die Deſcendenten der Frau, welche Erben ihrer Mutter wurden, das Privilegium der Dotalhypothek geltend machen können, iſt ſehr beſtritten. Nachdem nämlich Juſtinian in der l. 12 cit. der Ehefrau unſer Privileg gegenüber ältern Pfandgläubigern gegeben hat, fährt er folgendergeſtalt fort:

> exceptis videlicet contra novercas anterioris matrimonii filiis, quibus pro dote matris suae jam quidem dedimus hypothecam contra paternas res vel ejus creditoris, in praesenti autem similem praerogativam servamus, ne, quod posteriori datum est uxori, hoc anteriori denegetur, sed sic maneat eis jus incorruptum, quasi adhuc vivente matre eorum . . .

Manche ſehen hierin ein blos negatives Privilegium [9]), indem ſie daſſelbe zwar den Kindern erſter Ehe wegen der mütterlichen Dos vertheidigungsweiſe im Fall einer Colliſion mit der zweiten Frau des Erblaſſers einräumen, daſſelbe aber jenen Kindern im Verhältniß zu andern Gläubigern verſagen [10]). Hierfür läßt ſich anführen, daß Juſtinian

---

8) l. un. C. de privilegio dotis 7, 74. Scire debes privilegium dotis, quo mulieres utuntur in actione de dote ad heredem non transire. Dieſe Verordnung bezieht ſich im Munde der Compilatoren nicht mehr bloß wie früher auf das privilegium exigendi, ſondern ebenſowohl auf den Vorzug der Dotalhypothek. § 29 J. de act. 4, 6 praeferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiatur: cujus solius providentia hoc induximus.

9) Faber conject. lib. VIII. cap. 13. Meißner vom ſtillſchw. Pfandr. S. 435. Löhr Archiv f. c. Pr. Bd. 5 S. 299 ff.

10) Doch ſchwanken die Vertheidiger dieſer Anſicht wieder für den Fall, daß die Kinder erſter Ehe, die Stiefmutter und dritte Creditoren exiſtiren. Löhr l. c. hält den Vorzug der Kinder erſter Ehe hier für unbedenklich, weil die Concurrenz von Dritten nicht ſelten mehr Rechte gäbe als man ſonſt gehabt hatte. Dieſer Grund

Digitized by Google

mehrmals hervorhebt, er habe das Privilegium der Dotalhypothek nur um der Ehefrau willen geſchaffen [11]). Auch ſpricht für dieſe Anſicht die Tendenz des Geſetzes Juſtinian's, welcher der Ehefrau nicht aber andern Perſonen eine außerordentliche Begünſtigung zutheilen wollte. Endlich iſt gewiß nicht ohne Gewicht, daß Juſtinian vom Verhältniß der Kinder zu dritten Gläubigern nirgends redet, daß ihn offenbar der Gedanke einer Colliſion der Anſprüche der Stiefmutter und der Stiefkinder ausſchließlich beherrſcht, und daß er die bezügliche Beſtimmung ſo einleitet, als wolle er nur eine Ausnahme vom Privilegium der Dotalhypothek treffen (exceptis videlicet). Indeſſen die Dispoſition des Geſetzes geht doch weiter als der Eingang vermuthen läßt [12]). Denn ſie erklärt, die Kinder ſollen Recht haben, wie wenn ihre Mutter noch lebte; der erſten Frau, die gleichſam in ihren Kindern fortlebend gedacht wird, ſoll nicht verſagt ſein, was der zweiten gewährt wird, ſie ſollen ein gleiches Recht haben, wie die Stiefmutter [13]). Hierdurch wird ihnen allgemein ein Privilegium zugeſtanden, das auch im Fall der Colliſion mit Dritten Geltung hat. Es geht Juſtinian von der Fiction aus, daß die Mutter in den Kindern forteriſtire und um deßwillen erhält ſich für dieſe das Privilegium, das zunächſt nur der Mutter verliehen und beſtimmt iſt. Wäre dies Reſultat an und für ſich noch kein völlig ſicheres, ſo würde es doch erwieſen durch die Darſtellung Juſtinian's in der nov. 91 vom Jahr 539. Es handelt ſich dort auch nur um einen Rechtsſtreit zwiſchen den Kindern erſter Ehe und ihrer Stiefmutter, indem die letztere das Vermögen ihres Ehemannes auf Grund ihrer Dotalforderung in Anſpruch nahm, die Kinder erſter Ehe aber wegen der von ihrer Mutter ſeiner Zeit inferirten Dos ſich widerſetzten. Bei dieſer Gelegenheit hebt aber Juſtinian hervor: neque enim aliis sive heredibus sive

---

wäre ſicherlich nicht hinreichend, um ein ſonſt nicht exiſtirendes Privilegium der Kinder zu ſchaffen. Es wäre vielmehr von dem Standpunkt der Gegner aus das Dotalprivilegium der Frau als paralyſirt zu erachten und die Zeitfolge müßte entſcheiden.

11) § 29 J. de act. 4, 6 nov. 61 c. 1 § 4 in fine.

12) Dies iſt die herrſchende Meinung: Kamptz Reviſion der Lehre vom Uebergang des Brautſchatzprivilegiums auf die Descendenten der Ehefrau Berlin 1811. Seuffert Erört. II. S. 131 ff. Glück Bd. 19 S. 273. Bd. 27 S. 170 ff. Fritz Erl. I. S. 505 ff. Baugerow § 386. Seuffert Archiv I. 412 II. 267 XIV. 277 u. A.

13) Anders Löhr, welcher mit Bezug auf die Worte sic maneat eis jus incorruptum quasi adhuc vivente matre Gewicht legend, findet, ſie ſollten ſo ihr Recht behalten, wie wenn ihre Stiefmutter nicht privilegirt wäre.

Digitized by Google

creditoribus, sed solis liberis hoc privilegium dedimus et damus. Der Kaiser erkennt hiermit allgemein ein Vorzugsrecht der Kinder, nicht blos ein negatives Vertheidigungsrecht für den Fall der Concurrenz mit der Stiefmutter an. — Im Uebrigen entscheidet sich Justinian trotz des Vorbringens Seitens der Stiefmutter, daß im Moment der Illation ihrer Dos die von ihrer Vorgängerin herrührenden Dotalgegenstände nicht mehr im Vermögen ihres Mannes existirt hätten, dafür, daß zwar die Stiefmutter die von ihr inferirten Dotalsachen zurücknehmen könne, sonst aber die Kinder erster Ehe vorgingen.

4) Das Privilegium steht natürlich nicht nur den Kindern ersten Grades, sondern auch den Enkeln zu, mögen sie nun unmittelbar Erben ihrer Großmutter geworden sein oder deren Erbschaft erst in der Erbschaft des dazwischenstehenden Descendenten erhalten haben [14]). Wenn aber die Ehefrau verstirbt mit Hinterlassung zweier Kinder, unter die sich die Dotalansprüche theilen, und es wird hinterher das eine Kind Erbe seines Geschwisters, kann dann das überlebende das Privilegium nicht nur für die ursprünglich ihm zugefallene, sondern auch für die vom Geschwister ererbte Rate des Dotalanspruchs exerciren? Es ließe sich hierfür sagen, daß das Privilegium schlechthin den Descendenten der Ehefrau zugeschrieben wird, welche die Dotalhypothek geltend machen. Nach der richtigen Ansicht aber beschränkt sich das Privilegium gleichwohl nur auf die ursprüngliche Hälfte, weil es stets nur auf die Descendenten des zuletzt Berechtigten, nicht aber auf dessen Seitenverwandte übergehen kann [15]). Sonst müßte das Privilegium auch eintreten, wenn ein Fremder Erbe der Frau wurde und hinterher einen Descendenten derselben als Erben hinterließe oder ihm die Dotalansprüche cedirte.

---

14) Es entsteht die Frage, ob die Kinder das Privilegium der Dotalhypothek in Anspruch nehmen können, wenn ihre Mutter wegen Schuld bei der Scheidung die Dos verwirkte und die bezüglichen Ansprüche auf die Substanz an die Kinder fielen. Seuffert Archiv Bd. 14 n. 277. Die Frage ist zu verneinen, denn die Frau verwirkt in diesem Fall ihre Dos und der Anspruch der Kinder auf deren Herausgabe nach dem Tode des Vaters wird nicht durch eine Dotalklage geltend gemacht; vielmehr steht ihnen nach dessen Tode eine rei vindicatio resp. wegen solcher Bestandtheile, die in das eigne Vermögen des Vaters flossen, eine condictio zu. l. 8 § 5 C. de repudiis nov. 117 cap. 8.

15) So Carpzov def. for. part. I. c. 28 def. 98. a. Anf. Huber ad Pand III. p. 1057.

Digitized by Google

5) Keine Kraft hat das Dotalprivilegium der Ehefrau gegenüber der Legalhypothek des Fiscus aus Contracten. In der l. 2 C. de privilegio fisci 7, 73 wird ausgesprochen, daß bei einer Concurrenz von Hypotheken für Contractforderungen des Fiscus und für Dotalansprüche der Ehefrau das Alter entscheide:

> Quamvis ex causa dotis vir quondam tuus tibi sit condemnatus, tamen si priusquam res ejus tibi obligarentur, cum fisco contraxit, jus fisci causam tuam praevenit.

Es waren dies allerdings Bestimmungen von Caracalla, welche in seinem Mund natürlich keinen Bezug auf das damals nicht existirende Privilegium der Dotalhypothek hatten. Aber in der justinianeischen Compilation sind hierin Worte Justinian's zu sehen, welche auf das justinianeische Privilegium der Dotalhypothek bezogen werden müssen [16]). Daß die justinianeische Zeit dies in der That so auffaßte, und daß man nicht daran dachte, in der l. 2 C. cit. bloß eine historische Notiz aufzunehmen, geht aus den Erklärungen von Theodorus und Thaleläus, die beide dem sechsten Jahrhundert angehörten, deutlichst hervor.

> Schol. 1) zu Basil. XXIX. 1 cap. 96. bei Heimbach III. p. 435.
>
> Theodori . . sciendum tamen est fiscale debitum praeferri doti, si debitum antiquius sit, ut habetur lib. 7 tit. 73 const. 2. Quin etiam primipilum, ut relatum est lib. 12 Codicis tit. 62 const. 3.
>
> Thalelaei . . omnibus creditoribus etiam antiquioribus mulier praefertur exceptis publicis debitis.

6) Es erhebt sich die Frage, ob und in wie weit der Cessionar, welchem die Ansprüche auf die Dos übertragen sind, das Privilegium der Dotalhypothek geltend machen kann [17]). Die natürliche Antwort scheint, daß der Cessionar und seine Erben das Privilegium ererciren können, so lange die Cedentin, welcher dasselbe zustand, lebt, oder sich dasselbe in ihren Kindern forterhält, daß aber nachher das Privilegium

---

16) So auch Cujacius ad l. 12. C. qui pot. (vol. IX. p. 1143). Dagegen erklärte sich Faber conject. lib. VIII. cap. 11. Die Neuern sind gleichfalls durchaus der entgegengesetzten Ansicht.

17) Unbedeutend Krahnest (praes. Oleareo) de privilegio dotis respectu heredes et cessionarii Lipsiae 1725.

Digitized by Google

auch für den Ceſſionar wegfällt. Der Ceſſionar hat ja äußerlich und formell die Stellung eines Procurators, welcher die Rechte des urſprünglichen Gläubigers ausübt, und die Ehefrau hat auch ein materielles Intereſſe daran, daß ihr Ceſſionar nicht weniger Befugniſſe hat, als ſie ſelber, indem ſie nur in dieſem Fall den vollen Werth ihres Rechts vom Ceſſionar erhalten wird. Dieſem Reſultat ſcheint aber entgegenzutreten eine Entſcheidung von Papinian libro I definitionum in der l. 42 D. de admin. tut. 26, 7:

> Ex pluribus tutoribus in solidum unum tutorem iudex condemnavit; in rem suam iudicatus procurator datus privilegium pupilli non habebit, quod nec heredi pupilli datur; non enim causae sed personae succurritur, quae meruit praecipuum favorem.

Aeltere haben aus dieſer Stelle in Verbindung mit ähnlichen Entſcheidungen der Quellen geradezu das Princip ableiten wollen, daß Begünſtigungen, die nicht um der Natur der Forderung willen, ſondern mit Rückſicht auf die Perſon des Gläubigers zugebilligt wurden, auf den Ceſſionar nicht übergingen [18]). Zu den Vortheilen der letzteren Art würde auch das Privilegium der Dotalhypothek der Frau gehören [19]). Doch ein ſolches Princip hat im römiſchen Rechte keinen Boden, wie ſich ſchon daraus ergiebt, daß das Recht des Minderjährigen auf Wiedereinſetzung in den vorigen Staud auf den Ceſſionar unzweifelhaft übergeht [20]). Andere nehmen an, Privilegien, die um der Perſon des Gläubigers willen zugetheilt ſeien, gingen auf den Ceſſionar dann über, wenn ſie mit der Forderung ſchon in Verbindung gekommen ſeien [21]). Dies ſei aber grade nicht der Fall bei dem von Papinian beſprochenen privilegium exigendi. Denn dieſes gewähre nur die Möglichkeit, künftig im Concurs eine privilegirte Stellung einzunehmen, ſolche Erwartungen aber würden eben durch eine Ceſſion nicht übertragen. Auch dieſe Erklärung ſcheint uns nicht genügend. Wenn die Zahlungsunfähigkeit des Mitvormunds bereits im Moment der Ceſſion eingetreten war, dann hätte doch unſtreitig der Cedent das Privilegium bereits erworben und dennoch geht es nach der allgemeinen Entſcheidung Papi-

18) cfr. Faber jurisp. Papinianea tit. XII. pr. 8. ill. 7.

19) Für den Nichtübergang des Privilegs u. A. Lauterbach coll. Pand. XX. 3 § 21. Glück Bd. 16 S. 406.

20) cfr. l. 24 pr. D. de min. 4, 4. Mühlenbruch Ceſſion S. 558.

21) vgl. Vangerow Bd. III, § 575 und Puchta Rechtslexicon Bd. II. S. 658.

Digitized by Google

nians, der nicht distinguirt, auf den verurtheilten Vormund nicht über. Zudem werden nach der römischen Rechtsanschauung auf den Cessionar auch solche Rechte übertragen, welche der Cedent erst nach dem Akt der Cession erwirbt, wie dies für ein später vom Cedenten ausbedungenes Pfandrecht gradezu bezeugt wird [22]). Die Entscheidung Papinians scheint uns nur aus einem Ineinandergreifen zweier Gesichtspunkte zu erklären [23]). Das privilegium exigendi des Pupillen zu Gunsten seiner Vormundschaftsansprüche beruht auf einem Gefühl der Humanität, einem speciellen Einwirken, einer billigen Rücksicht für den Mündel auf die Gestaltung der rechtlichen Dinge, es greift daher nur soweit ein, als direct oder indirect ein Interesse des Mündels im Spiel ist (non enim causae sed personae datur). Letzteres ist immer noch anzunehmen im Fall einer freiwilligen Cession der Forderung. Cedirt dagegen der Pupill wie in dem Fall, den Papinian behandelt, die Forderung an Jemanden, der ohnehin zur Tilgung derselben verpflichtet, ja zu derselben bereits verurtheilt war, so hat der Cedent keinerlei Interesse an dem Uebergang des Privilegs und dieses erlischt. Die gleichen Grundsätze sind für den Uebergang des Privilegiums der Dotalhypothek maßgebend, welches gleichfalls der Gläubigerin zu Liebe verliehen ist, so daß der ohnehin zur Zahlung der Dos Verpflichtete, welcher Klagencession erzwingt, das Privilegium nicht beanspruchen kann; der gewöhnliche Cessionar hingegen dasselbe ererciren kann, solange die Cedentin und ihre Successoren zu dessen Geltendmachung berechtigt wären.

7) Schon unter den Glossatoren war es streitig, ob die Dotalhypothek nur den Legalpfändern gegenüber ein Privilegium habe, oder auch gegenüber Conventionalhypotheken bevorzugt sei. Allerdings ist dieser allgemeine Vorzug nach Wort und Sinn der justinianeischen Verordnung kaum bezweifelbar, dennoch war die Beschränkung des Privilegs auf Fälle der Collision mit Legalhypotheken von der Zeit der Postglossatoren an anerkannter doctrineller Satz, da man für unthunlich hielt die wohlerworbnen Rechte des Conventionalpfandgläubigers um der spätern Dosbestellung willen zu brechen, während eine Zurücksetzung der Legalhypothek leichter begreiflich schien. Auch in die Particulargesetzgebung ist diese Beschränkung vielfach übergegangen. Doch mit dem achtzehnten Jahrhundert gelangte das Privileg der Dotalhypo-

22) l. 6 D. de her. a. vend. 18, 4.
23) Vgl. Mühlenbruch Cession. S. 568.

Digitized by Google

thek gegenüber ältern Hypothekarien jeder Art zu allgemeiner Anerkennung und die Ansicht, die so lange geherrscht hatte, verlor ohne Stütze in den positiven Gesetzen die Geltung in Theorie und Praxis [24]).

§. 155. Ordnung der privilegirten Hypotheken unter einander [1]).

Hinsichtlich der Ordnung der privilegirten Hypotheken unter einander erscheint als primär maßgebendes Moment die Stärke der gegenseitigen Privilegien [2]); erst für den Fall, in welchem dies den Ausschlag nicht giebt, tritt wieder das Prinzip in Geltung, wonach unter successive bestellten dinglichen Rechten das höhere Alter entscheidet [3]). Die respective Stärke der verschiedenen Privilegien, welche die Gesetzgeber, einem sie jeweilen beherrschenden Impulse folgend, einführten, ohne immer ihr Verhältniß zu andern zu bestimmen, ist bekanntlich in nicht wenigen Beziehungen höchst zweifelhaft und bestritten. Es kommen hierbei folgende Verhältnisse in Betracht:

a) Es frägt sich, ob das Privilegium des Fiscus wegen der rückständigen Abgaben oder ob das der Ehefrau wegen ihrer Dotalhypothek den Vorrang hat [4]). Justinian giebt in der l 12 C. qui potiores

---

24) Haenel dissens. domin. p. 3 p. 103 p. 491 p. 582. Für den Vorzug vor den Conventionalhypotheken war Martinus, für die Beschränkung auf die Collision mit Legalhypotheken Bulgarus. Die letztere Ansicht ist die der Accursischen Glosse ad l. 12 C. qui pot. 8, 18 von Bartolus ad l. 12 cit., demnach auch von Negusantius p. V. m. 2. n. 23 adoptirt und bei den älteren deutsch-romanistischen Praktikern (Gaill obs. II. 25 n. 10) herrschend. Auch Donellus vertheidigte den Vorzug der älteren Conventionalhypothek de pign. cap. 12 und im comm. ad Cod. ad l. 18 cit. n. 6. Die richtige Ansicht vertrat Cujacius rec. ad Cod. ad h. l. (Vol. XI. p. 1143). Sie wird seit dem 18. Jahrhundert herrschend. Struk usus modernus tit. 42, 5 § 4 theilt ein Urtheil der hallischen Juristenfacultät von 1710 zu ihren Gunsten mit.

1) Bachov de pign. lib. IV. cap. 18. Glück Bd. 19 S. 339 flgnde. Fritz Erl. S. 514 ff. Bangerow Pand. § 386 Anm. 2.

2) l. 32 D. de rebus auct. judicis 42, 5.

3) arg. l. 12 C. qui pot. 8, 18.

4) Für den Vorzug der Dotalhypothek Voet comm. ad Pand. Tit. D. 20, 4 § 21 u. 22. Buchholtz comm. qui pot. Regiom. 1829. p. 9 sq. Wächter Archiv Bd. 14 S. 389. Sintenis Pfandr. S. 646 ff., dagegen vertreten die herrschende Ansicht Glück Pand. S. 341 und die dort. Anm. 42 Cit. Fritz Erl. S. 516 ff. Bangerow l. c. § 386 Anm. 2. Puchta Pand. § 211. Arndts Pand. § 385. Brinz Pand. I. S. 344. Windscheid Pand. I. S. 648.

Digitized by Google

der Ehefrau den Vorzug contra omnes mariti creditores; in der nov. 97 hebt er hervor, daß die Frau mit einziger Ausnahme des Pfandgläubigers, der für den Erwerb einer militia creditirte, allen andern Gläubigern selbst jüngern wegen versio in rem privilegirten, vorgehen solle. Nimmt man nun hinzu, daß im Zweifel für die Dos und gegen den Fiscus gesprochen werden soll [5]), so fehlt es sicherlich nicht an stattlichen Gründen für den Vorzug der Dotalhypothek vor den Ansprüchen des Fiscus wegen der Steuern. Indessen ist dem Fiscus wegen der rückständigen Steuern schon durch Caracalla vor allen andern Gläubigern ein Privilegium ertheilt worden. Diese ältere Bestimmung wurde durch die justinianeischen Vorschriften über das Dotalrecht nie ausdrücklich aufgehoben, ja sie fand Bestätigung durch ihre Aufnahme in die Compilation [6]). Wenn Justinian gleichwohl ohne Rücksicht hierauf den Vorzug der Dos als einen absolut durchgreifenden verkündet, so ist dies eben nur auf die rein dem Privatrecht angehörenden Pfandrechte zu beziehen, nicht auf das mehr publicistische Recht des Fiscus, das gleichsam eine ganz besondre Klasse von Rechten zu bilden schien. Daß man so die Sache in der justinianeischen Zeit auffaßte, beweist die oben angeführte Aeußerung des Thalelaeus „omnibus creditoribus etiam anterioribus mulier praefertur exceptis publicis debitis“ [7]). Wird hiermit auch nicht direct ein absoluter Vorzug des Fiscus wegen Steuern bezeugt, so wird doch das Prinzip anerkannt, daß die Forderungen des Fiscus ihren eignen Gesetzen, unberührt vom Vorzug der Dotalhypothek, folgen. Aus diesem Grunde erhielt sich auch der Vorzug des Fiscus am Vermögen des Primipilus vor der Dotalhypothek [8]) und ist der Vorrang wegen Steuern nicht zu bezweifeln [9]).

b) Nicht weniger ist bestritten das Verhältniß der Dotalhypothek und des wegen versio in rem privilegirten Pfandrechts [10]). Für den

---

5) l. 70 D. de iure dotium 23, 3. l. 85 pr. D, de regulis iuris 50, 17. l. 10 D. de iure fisci 49, 14.

6) Der Fiscus hatte auch früher ein dem Privilegium der Dotalforderung der Frau vorgehendes privilegium exigendi für alle seine Forderungen besessen l. 38 § 1 D. de r. a. j. 42, 5. Paul. sent. V. 12 § 10.

7) Oben S. 449.

8) l. 3 C. de primipilo 12, 63.

9) Um so gewisser geht das Pfandrecht des Fiscus wegen Steuern dem Privilegium wegen versio in rem vor. A. Anf. Sintenis Pfandr. S. 646.

10) Ob die Frau in alter Zeit mit dem privilegium exigendi den Vorzug vor der in rem versio hatte, erscheint sehr fraglich nach l. 34 D. de r. a. j. 42, 5.

Digitized by Google

einen Fall, in welchem die versio in rem erst nach Constituirung der Dotalhypothek erfolgte, entscheidet allerdings Justinian die Frage unzweideutig in der Nov. 97 cap. 3. zu Gunsten der Dotalhypothek. Als Grund für deren Vorzug führt er an, einmal die hülflose und mitleidswürdige sociale Stellung der Frauen, welche die Erhaltung ihrer Dos so dringend fordere, und weiter die Furcht, daß die Frau unter dem Vorwande einer versio in rem benachtheiligt werde. Nur dann macht Justinian eine Ausnahme, falls Jemand für eine militia ein Darlehn gegeben hat, den Vertrag abschloß, daß er hinsichtlich derselben vor allen andern Creditoren bevorzugt sei und dies Alles durch eine schriftliche Urkunde beglaubigen ließ. Ueber den Fall spricht sich Justinian nicht ausdrücklich aus, in welchem die Dotalhypothek mit einer älteren wegen versio in rem privilegirten Forderung concurrirt. Daher behaupten Viele, daß hier nicht Anwendung finde, was für die Collision mit der jüngern Versionshypothek von Justinian bestimmt sei; sie nehmen an, daß hier, wo sich privilegirte Hypotheken von gleicher Kraft gegenüber ständen, wieder das höhere Alter entscheide. Uns dagegen scheint nach Justinians Gesetzen die Dotalhypothek selbst vor der ältern Versionshypothek den Vorrang zu haben [11]). In der l. 12 C. qui pot. 8. 18 dem Gesetz, welches das Privilegium der Dotalhypothek ins Leben rief, erklärte Justinian, es sei der Frau verstattet: potiora jura habere contra omnes mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati. Schon hiermit scheint uns ein absoluter Vorzug vor andern Creditoren, namentlich auch älteren an und für sich privilegirten eingeführt. Doch eine sichere Lösung kann die Frage nur aus der Nov. 97 erhalten. Dieses Gesetz behandelt im cap. 2—4

11) Für den Vorzug der ältern Versionshypothek ist die Accursische Gloße nov. 97 c. 3. verb. posterior. Auch sprechen sich hierfür Cynus und andere Postglossatoren aus in der Auth. quo jure C. qui pot. Dagegen dissentirte Salicetus l. c. und ihm stimmte bei Negusantius p. V. m. 2 n. 16, desgleichen gaben der Dotalhypothek den Vorzug Robertus 3 animadv. 14. Faber conj. lib. 8 c. 11. Sie wurden bekämpft von Cujacius in animadv. Roberti (op. X p. 300) und Bachov de pign. lib. IV. c. 14. In neuerer Zeit erklärte sich für den Vorzug der ältern Versionshypothek Westphal Pfandr. § 161 not. 179. Gesterding Pfandr. S. 285. Seuffert Erört. Bd. 2 S. 135. Bangerow § 386. Anm. 2. Puchta Pand. § 211. Arndts Pand. § 385 Anm. 3. Brinz Pand. I. S. 344. Für den absoluten Vorzug der Dotalhypothek sind Glück Bd. 19 S. 344ff. Sintenis Pfandr. S. 647. Mühlenbruch Pand. § 320. Göschen Vorl. II. § 387. Keller Pand. § 205. Windscheid Pand. I. § 246 Anm. 8. O. A. G. zu Darmstadt in Seuffert Archiv II. 265. zu Celle in Seuffert Archiv XII. 165.

Digitized by Google

Zweifel, die sich mit Bezug auf das Privilegium der Dotalhypothek erhoben hatten. Im cap. 2, das sich mit dem augmentum dotis beschäftigt, referirt Justinian zuvörderst den Inhalt seiner frühern Verordnung mit den Worten: dotibus enim privilegia dedimus ut antiquioribus hypothecis potiora jura habeant — ein Ausspruch der genau genommen einen Vorzug der Dotalhypothek vor ältern, auch privilegirten Hypotheken ausdrückt. Dann wirft Justinian im cap. 3 die Frage auf, wie es mit der Hypothek stehe, die zwar jünger sei als die Dotalhypothek, aber wegen versio in rem ein Privilegium habe. Es liegt nahe anzunehmen, daß der Kaiser den Vorzug der Dotalhypothek vor einer ältern Versionshypothek nach den frühern Bestimmungen als unzweifelhaft betrachtet und nur deshalb gar nicht in Frage gestellt habe.

Seine Antwort nun hat, und dies ist das Entscheidende, eine über den Fragefall hinausgehende Bedeutung. In dem letzten Satz des cap. 3, welcher sich selbst in den Worten volumus enim als die eigentliche legislative Disposition ankündigt, erklärt Justinian, er wolle nicht, daß, wenn Jemand ein Haus erneuert oder einen Acker gekauft habe, mit andern Worten, wenn eine versio in rem vorliege, dies der Dotalhypothek opponirt werden könne, denn er kenne die weibliche Schwäche, ihre Dos aber solle den Weibern sicher sein. Hiermit wird der Vorzug der Dotalhypothek vor jeder Versionshypothek unzweideutig ausgesprochen.

Dazu kommt noch, daß der Gesetzgeber im cap. 4 in bestimmtester Weise erklärt, die Frau gehe allen Creditoren vor, außer demjenigen, welcher für eine militia creditire. Man könnte zwar einwenden, dieser Ausspruch sei in seiner Allgemeinheit ungenau, denn es stehe die Dos auch den fiscalischen Ansprüchen wegen Steuern nach; jener Ausspruch sei also übertrieben und schlechthin unbeweisend. Allein jenes Pfandrecht wegen der Steuern gehörte einer eignen Klasse von Rechten an, die in öffentlichen Verhältnissen wurzelten und deshalb konnte sie Justinian hier ignoriren, wo er nur von einer Collision von Rechten von Privatgläubigern sprach. Dagegen handelte er grade von der in rem versio, die Combination, daß diese älter sei als die Constituirung der Dotalhypothek, mußte ihm daher präsent sein. Wenn er dennoch der Dotalhypothek schlechthin den ersten Rang giebt, so muß er den absoluten Vorzug vor der Versionshypothek gewollt haben.

c) Unter mehreren Pfandrechten, die wegen in rem versio privile-

Digitized by Google

girt sind, geht das jüngere dem älteren vor, jedoch nur hinsichtlich der Werthvermehrung, welche dem älteren Hypothekar durch die spätere Hypothek zufloß. Wenn z. B. der Hypothekar A zum Ankauf eines Hauses 6000 leiht, B schießt 5000 zum Wiederaufbau desselben, C 2000 zur Aufsetzung eines Stockwerks vor, das Haus ist 8000 werth, so daß hierin die Grundfläche gleich 1000, desgleichen die Werthvermehrung durch Errichtung des einen Stockwerks gleich 1000 mitgeschätzt ist, so würden wir lociren 1. A für 1000, 2. B für 5000, 3. C für 1000, 4. A für den Rest [12]).

d) Das Vorzugsrecht des Fiscus wegen seiner Contractforderungen vor älteren Generalhypothekarien an später erworbenen Objecten kann der ältern Dotalhypothek gegenüber nicht gelten [13]). Die l. 28 D. de jure fisci setzt den Fiscus an solchen Objecten einem gewöhnlichen älteren Conventionalhypothekar vor, daß aber dies Privilegium vor privilegirten Hypotheken, insbesondere der Dotalhypothek, den Vorzug haben solle, ist nirgends bezeugt. Im Gegentheil erklärt die l. 2 C. de privilegio fisci 7, 73, daß hinsichtlich der Pfandrechte für Contractsforderungen des Fiscus und für die Dos das höhere Alter entscheidet. Zurücktreten müßte außerdem unserer Ansicht nach das fiscalische Privilegium gegenüber dem Pfandrechte dessen, der nachweisbar zum Erwerb der vom Fiscalschuldner nachträglich erworbene Sachen das Geld vorschoß. Auch kann keine Frage sein, daß das Privilegium dessen, der zur Erhaltung der Sache später Geld vorschoß, dem fiscalischen Privilegium vorgeht.

Die Ordnung der privilegirten Pfandrechte ist, wenn wir das Ausgeführte zusammenfassen, folgende:

1. Die erste Stelle nimmt ein der Fiscus wegen der Abgaben und der Primipilarschuld.

2. Darauf folgt die Hypothek dessen an der militia, der zur Erwerbung derselben creditirte und die Bestimmungen der Nov. 97 einhält.

3. Dann geht die Dotalhypothek der Ehefrau und ihrer Kinder allen andern vor, nur daß nach l. 2 C. de privilegio fisci im Fall

---

12) Oben S. 433. Nicht richtig erscheint uns die Fassung der Regel Puchtas Pand. § 211 not. 2, Windscheid Pand. § 246 „der Rang der Vorzugsrechte wegen Verwendung werde bestimmt durch das Verhältniß, nach welchem jeder einzelne Gläubiger zur Beschaffung und dem jetzigen Bestand der Sache beigetragen habe."

13) Anders Zimmern in seinen und Neustetels Untersuchungen S. 300.

Digitized by Google

der Collision mit einer fiscalischen Forderung wegen Contracten wieder das Alter entscheidet.

4. Ein weiteres Privileg giebt die versio in rem gegenüber den Pfandansprüchen, die durch dieselbe erhalten wurden oder zur Verwirklichung kamen oder intensiv verbessert wurden.

5. Letztlich folgt das Privileg des Fiscus gegenüber einfachen älteren Generalgläubigern in Bezug auf Objecte, die der Verpfänder nach dem Contracte mit dem Fiscus erwarb. Gegenüber der Generalhypothek eines Mündels am Vermögen seines Vormunds cessirt dies Privileg nach l. 21 D. qui pot. 20, 4.

§ 156. Kraft der Privilegien gegenüber Pfandrechten vom Autor.

Wirken die Privilegien nur solchen Pfandrechten gegenüber, welche vom Schuldner der privilegirten Pfandschuld selbst herstammen, oder werden auch die von dessen Autor bewilligten Pfandrechte nachträglich durch dieselben zurückgesetzt?

Daß das Privilegium an und für sich auch gegenüber den Gläubigern geltend gemacht werden kann, die ihre Rechte von Universalvorfahren des Schuldners herleiten, unter dessen Vermögensherrschaft das Privilegium entstand, ist zweifellos. Aber ebenso gewiß ist es, daß jene Creditoren, wenn sie ihre Rechte rechtzeitig wahren, wenn sie nämlich das beneficium separationis erbitten, welches den Gläubigern des Erblassers zusteht, von den nachtheiligen Folgen jener Concurrenz mit dem Gläubiger des Erben frei werden. Was den Gläubigern des Erblassers zu Gute kommt, sollte, scheint es um so gewisser, den Gläubigern nicht fehlen, deren Pfandrechte von einem Singularvorfahren des Schuldners herrühren. Sollte es möglich sein, daß wohlbegründete Pfandrechte nachträglich dadurch leiden, daß sie in die Hände eines Käufers gerathen, auf dessen Vermögen privilegirte Hypotheken ruhen? Eine solche Abnormität wird noch nicht dadurch gerechtfertigt, daß der Pfandbesteller selbst die von ihm bewilligten Hypothekenrechte hinterher dadurch deterioriren kann, daß er sich in eine Lage versetzt, in welcher privilegirte Hypotheken gegen ihn entstehen. Denn der Gläubiger, welcher creditirt, muß nach dem römischen Hypothekensystem, trotz der Realsicherheit, immer in erster Linie die Persönlichkeit seines Schuldners ins Auge fassen und prüfen, inwieweit dessen Vermögensumstände, dessen bürgerliche Stel-

Digitized by Google

lung, z. B. Verheirathung, seine Moralität Vertrauen verdienen. Aber wenn selbst das Privilegium, das beim Successor des Pfandbestellers etwa dem Käufer entsteht, die Hypothek vom Autor her zurücksetzen kann, dann ist, da dem Hypothekar jedes Mittel fehlt, die Veräußerung seiner Pfandsache zu hindern, die Geltung der bestbegründeten Hypothek ein Spiel des Zufalls, bei dem auch die größte Vorsicht nur in entferntem Grade bestimmend einwirken kann. Das einzige Sicherungsmittel, das hier ausreichen würde, wäre, mit dem Schuldner bei Constituirung der Hypothek einen Vertrag über Nichtveräußerung der Pfandsache abzuschließen, ein Pactum, dem bekanntlich nicht alle Juristen Wirkung zugestehen.

Wie bedenklich aber jene weitgreifende Kraft des Privilegiums wäre, so kann doch auch sie die Omnipetenz des Gesetzgebers einführen. Es ist daher die einzige Frage, die hier zu erörtern ist, haben die römischen Gesetze den Privilegien auch gegenüber den Hypotheken vom Singularvorgänger den Vorzug verliehen? Untersuchen wir aber die einzelnen gesetzlichen Bestimmungen, so ergiebt sich als Resultat, mit kaum zweifelhafter Gewißheit, daß die Gesetzgeber, welche die Privilegien einführten, unsere Frage sich niemals bestimmt vorgelegt noch weniger mit einem entschiedenen Bewußtsein gelöst haben. Daher sind auch die gewählten Ausdrücke schwankend zweideutig und nicht immer zusammenpassend.

1. Für das Privilegium des Fiscus wegen der Steuern ist die einzige Quelle l. 1 C. si propter publicas pensitationes 4, 49. Alexander bestimmt hier, daß weder der Steuerpflichtige noch dessen Gläubiger (creditor ejus) den vom Fiscus wegen der Steuern vollzogenen Verkauf anfechten könne. Wird das Anfechtungsrecht auch dem Pfandgläubiger vom Autor her abgesprochen? Dem strengen Wortsinn nach ist hierüber sicherlich nichts vorgeschrieben, denn ein solcher Pfandberechtigter ist nicht Gläubiger des Steuerpflichtigen. Aber über das Wort hinauszugehen, fehlt es an jedem zwingenden Grund. Wir werden uns nicht hierzu entschließen, da Privilegien, wie das hier besprochene nicht auszudehnen oder zu begünstigen sind. Man kann sich hiergegen etwa auf den allgemein lautenden Nachsatz berufen, doch auch er ändert nichts am Resultat. Zwar ist ausgesprochen, das Vermögen des Pflichtigen solle dem Fiscus wegen der Steuern priore loco verpfändet sein. Aber wem gegenüber dies gilt, ob nur den Pfandgläubigern vom Steuerpflichtigen gegenüber, oder auch gegen Gläubiger vom Singularvorgänger her, darüber ist nichts bestimmt.

Digitized by Google

2. Besonders wichtig ist die Frage für die Dotalhypothek, aber auch besonders zweifelhaft und schwierig. Die l. 12 § 1 C. qui pot. 8, 18, welche das Privilegium einführt, scheint den Vorzug auf den Fall zu beschränken, in welchem die Ehefrau mit Hypothekarien concurrirt, die zugleich Gläubiger des Ehemanns sind. Der Ehefrau wird gewährt „potiora jura contra omnes mariti creditores habere". Auch die Einleitung des Gesetzes weist auf diese Beschränkung hin, indem sie davon ausgeht, daß die Gläubiger der Ehemänner aus deren eignem Vermögen, nicht aus dem der Frau befriedigt werden sollen. Dazu kommt die Anlehnung an das privilegium exigendi, welches der Frau doch auch nur den Vorzug vor den persönlichen Creditoren des Manns selbst geben sollte und das nur gekräftigt werden soll. Aehnliche Gedanken wiederholt

> nov. 97 cap. 2. Dotibus enim privilegium dedimus ut antiquioribus hypothecis potiora jura habeant, quum illi, qui cum maritis contrahunt, substantiae eorum credunt, non vero substantiae mulierum.

Daß aber Justinian keineswegs auf jene Begränzung selbst Gewicht legte, daß er also unsere Frage nie zum Gegenstand eingehender Ueberlegung machte, geht deutlich hervor aus dem Referate, welches er in den Institutionen von seiner Verordnung giebt:

> § 29 J. de act. 4, 6. Sed et tacitam ei dedimus hypothecam; praeferri autem aliis creditoribus tunc censuimus cum ipsa mulier de dote sua experiatur.

In der nov. 117 cap. 9 erklärt Justinian, daß die Frau allen Hypotheken vorgehe, außer den wegen einer militia schriftlich aufgenommenen. Allerdings ist dies nicht schlechthin richtig, denn der fiscalischen Hypothek wegen der Steuern steht auch die Frau nach. Jedenfalls aber geht auch hieraus hervor, daß Justinian der Gedanke einer Begränzung der Wirkung des Privilegs der Dotalhypothek andern Pfandrechten gegenüber nicht präsent war. So unbestimmt definirt er auch den Inhalt seines Gesetzes in der nov. 109:

> Quoniam enim privilegium dotium feminis dedimus, ut et antiquioribus creditoribus praeferantur et meliore loco sint, quanquam tempore vincuntur.

Danach steht das Resultat fest, daß Justinian sich unsere Frage nicht besonders vorlegte und sie nicht entscheiden wollte. Wie aber haben wir uns zu derselben zu verhalten? Sollen wir darauf eingehen, was wohl

Digitized by Google

Justinians Entscheidung gewesen wäre, wenn er sich das Problem vorgelegt hätte? Vielleicht hätte er sich auch hier für den Vorzug entschieden, ihn bestimmte ja Interesse für die Frau und die Dos in hohem Grade. Doch das bleibt Vermuthung. Gewiß aber werden wir bei der Ausdehnung des Privilegiums der Dotalhypothek über die Norm hinaus, welche das Einführungsgesetz, die l. 12 C. qui pot. 8, 18 aufstellte, eine ganz deutliche, ausdehnende Bestimmung fordern, uns nicht auf Vermuthungen über die Willensmeinung Justinians einlassen, wir werden, wo er nicht unzweideutig den Willen ausgesprochen hat, an der Pfandsache begründete Rechte zu biegen, vielmehr die allgemeinen Grundsätze walten lassen.

3. Das Privilegium des Fiscus an der nach dem Fiscalcontract erworbnen Sache ist ausdrücklich nur eingeräumt gegenüber dem Pfandgläubiger, welcher vom Pfandschuldner eine Generalhypothek erhält. Es kann seinem Wort und seinen Zwecken nach keine Anwendung gegenüber Pfandrechten aus den Zeiten früherer Eigenthümer finden.

4. Anders steht es mit Privilegien wegen in rem versio. Auslagen, welche zur Erhaltung der Pfandsache im Bestand und Integrität dienen, nützen ebensowohl Pfandgläubigern, die ihre Rechte von frühern Eigenthümern herleiten, als denen aus der Zeit des jetzigen Schuldners. Das Privilegium muß also seiner inneren Natur nach und seinem Zweck gemäß gleichmäßig beiden Classen von Gläubigern gegenüber wirken.

Dagegen das Privilegium wegen Anschaffung der Sache und dadurch bewirkten Eintritts in das anticipando bewilligte Pfandrecht eines älteren Hypothekars, wirkt in der Regel nur gegenüber den Gläubigern des Schuldners, welcher zur Anschaffung Geld aufnahm, da in der Regel nur die von diesem bewilligte Pfanderspectanz hiervon Vortheil zieht. Möglich ist gleichwohl, daß das durch die Anschaffung ins Leben tretende Pfandrecht von einem Vorgänger des Anschaffenden bewilligt sei. Hätte A eine Sache gekauft und unter einem pactum reservati dominii in Besitz genommen, dasselbe dann dem Primus verpfändet, und darauf dem B verkauft, welcher zur Abfindung des ersten Verkäufers und zum Erwerb des Eigenthums Geld von Secundus aufnimmt, dem er die Sache verpfändet, so geht Secundus ohne Zweifel dem Primus vor, dessen Pfandrecht erst durch die Anschaffung zur Existenz kommt. Es wäre daher unrichtig, allgemein zu behaupten, dieses Privilegium wirke nicht gegenüber Pfandrechten, die von den

Digitized by Google

Vorgängern des jetzigen Schuldners herstammen; vielmehr ist daran festzuhalten, soweit die versio in rem reicht, soweit geht das Privilegium. —

Für die Mehrzahl der Fälle hat also, wie unsere Ausführung zeigte, das Privilegium keine Kraft gegenüber Pfandrechten vom Autor her. Indem die moderne Praxis diesen Hypothekarien ein Separationsrecht einräumte, hat sie demnach nicht nur gesunden Takt bewiesen, sondern sich auch im Wesentlichen an die Gesetze angeschlossen. So lange man freilich allgemein das Privilegium der Dotalhypothek nur gegenüber ältern Legalhypotheken anerkannte, hatte unsere Frage eine durchgreifende und sociale Wichtigkeit noch nicht gehabt. Erst von dem Moment an erhielt sie eine Cardinalbedeutung, als man im Anschluß an das justinianeische Gesetz den Vorzug der Dotalhypothek auch auf ältere Conventionalhypotheken erstreckte. Jetzt suchte man wenigstens die Gläubiger, die vom Autor des jetzigen Schuldners ihre Rechte herleiteten, durch unser Separationsrecht zu retten. Mit der Ausbildung des Concursprocesses gelangte dasselbe in der Praxis zur unbestrittenen Herrschaft, die man selbst nicht hätte erschüttern sollen, wenn man zu finden glaubte, daß sie in den justinianeischen Gesetzen ihre Basis nicht finde. Wenn irgendwo, so war hier der Gerichtsgebrauch in Uebereinstimmung mit der Rechtsanschauung des Volks und mit den Bedürfnissen des Verkehrs. Und diese durch jahrhundertjährige Uebung geheiligte Tradition galt es zu schonen und zu erhalten, nicht aber niederzureißen [1]).

---

1) Für die Gestaltung einer festen Praxis war es von großer Bedeutung, daß die churſächſ. Proceßordnung von 1622 tit. 42 das Separationsrecht anerkannte, vgl. Carpzov jurispr. for. p. I. c. 28 def. 22. Aber auch außerhalb des Territoriums des ſächſiſchen Rechts wurde daſſelbe als gemeinrechtlich betrachtet, vgl. Mevius p. III. dec. 13 p. IV. dec. 242 p. V. dec. 260 (a. 1656), der daſſelbe als feſtſtehendes Recht in Pommern bezeichnet, Brunnemann comm. ad Pand. in titulo de separat. ad rubricam. Ihnen folgten die Schriftſteller zu Ende des ſiebzehnten und des achtzehnten Jahrhunderts durchgängig, ſowie die Particulargeſetzgebung, vergleiche J. B. Schmid Separatiſten in geiſtlichen und weltlichen Sachen. S. 90 § 20 § 55. Bekämpft wurde bekanntlich das Separationsrecht von Thibaut civil. Abhandl. (1814). S. 311, ferner im Archiv Bd. 14 S. 235. Ihm folgten u. A. Glück Pand. Bd. 19 S. 292. Spangenberg im civil. Archiv. Bd. 10. S. 404. Löhr Archiv Bd. 14 S. 106 not. 16. Seuffert Erört. II. S. 116 Pand. § 215. Bangerow Pand. § 385. Göſchen Vorl. II. S. 385. Keller Pand. § 207. Dagegen vertheidigte die ältere Meinung außer Hepp Lindes Zeitſchrift Bd. 4 S. 37 ff. beſonders in einer glänzenden Abhandlung Wächter Archiv Bd. 14 S. 340.

Digitized by Google

§ 157. Fälle relativer Priorität [1]).

Existiren mehr als zwei Pfandrechte, so muß, um zu einem abschließlichen Resultat zu gelangen, stets eine Reihe gebildet werden. Es muß Einer an der Spitze stehen, welcher zum Verkauf berechtigt ist und es muß sich dann eine Ordnung unter den Uebrigen feststellen lassen, um zu bestimmen, wer den nähern, wer den entfernteren Anspruch auf die hyperocha hat. Mit andern Worten zur Vertheilung des Erlöses ist, mag nun der erste Pfandgläubiger verkaufen oder der Richter, eine für Alle gültige Rangordnung nothwendig.

Dennoch kommt es vor, daß der Hypothekar A den Vorzug vor B und B den Vorzug vor C hat, aber gleichwohl C den Vorrang vor A in Anspruch nimmt. Wer kann hier verkaufen? wie ist hier der Erlös zu vertheilen? Möglich ist ein so anomaler Fall bloß relativer Priorität in Folge eines materiell unrichtigen Urtheils, oder auf Grund mangelhafter Gesetze. Daß dagegen ein solches Verhältniß durch Convention der Partheien namentlich einen Verzicht nicht entstehen kann, soll später [2]) gezeigt werden. Im Folgenden werden wir die einzelnen Fälle der relativen Priorität prüfen und uns bemühen, die Mittel aufzusuchen, durch welche der krankhafte Zustand, denn als solcher ist er stets anzusehen, geheilt werden kann.

1. Unser Verhältniß kann namentlich entstehen durch ein Urtheil, welches zwischen Primus und Tertius gefällt ist, in welchem Tertius den Vorrang vor dem Primus rechtskräftig aber materiell unrichtigerweise zuerkannt wird, während Secundus von jenem Prozeß unberührt blieb. A hat z. B. eine erste Hypothek aus dem Jahre 1860, B eine solche von 1861, C eine dritte von 1862, C wird aber irrthümlich in einem rechtskräftigen Erkenntniß dem A gegenüber in das Jahr 1859 gesetzt.

Für das Separationsrecht sind darnach Sintenis Pfandr. S. 636 ff. Arndts Pand § 385 Anm. 4. Brinz Pand. I. S. 345. Windscheid Pand. § 246 not. 11.

1) cfr. Negusantius p. VI. m. 3 n. 43 sqq. Von Interesse ist die Dissertation des Philosophen Leibnitz de casibus perplexis Francofurti 1672 opera omnia vol. IV. p. 3 pag. 45, der sich mit unsern Fällen besonders von n. 19 an beschäftigt. Anregend und scharfsinnig ist auch die Dissertation von Mueller de circulo creditorum Marburgi 1855. Dagegen ist unbedeutend Beier de circulo creditorum. Jenae 1697. Vgl. auch Bauer responsa vol. I. resp. 29 pag. 166 Quod regulae „si vinco vincentem te" justos terminos continet.

2) Im § 158.

Digitized by Google

Hier kann nun nicht die Rede davon ſein, daß C auch dem B gegenüber vorgehe, etwa nach der Regel si vinco vincentem te, vinco te ipsum. Denn B kann durch jenes Urtheil zwiſchen Andern nicht leiden, was doch geſchähe, wenn er nun an die dritte Stelle käme. Ebenſowenig wäre es entſprechend eine successio in locum zu ſtatuiren, alſo anzunehmen, daß C an die Stelle des A rücke. Denn hierdurch würde die Reihe entſtehen C, B, A; der letztere würde ſich mit Recht beſchweren, wenn er, der dem B zugeſtandner Weiſe vorgeht, dieſem nachgeſetzt würde, vielmehr führen die Grundſätze über res judicata zu folgenden Reſultaten:

a) Tertius geht dem Primus und deſſen Succeſſoren in Folge der einmal rechtskräftig über die Priorität gefällten Entſcheidung in jedem künftig zwiſchen dieſen Partheien ſich entſpinnenden Prozeß vor, mögen die Partheirollen dieſelben bleiben oder wechſeln. Allerdings ſtatuiren dies nicht wenige Juriſten allgemein, nur für den Fall, daß Tertius im erſten Prozeß als Kläger auftrat und in dieſer Eigenſchaft auf Grund angeblicher Priorität ſiegte [3]). Dagegen verneinen ſie die Rechtskraft, falls Primus dereinſt dem beſitzenden Tertius gegenüber als Kläger auftrat und unterlag, wenn ſpäter die Partheirollen wechſeln, indem Primus Beſitzer iſt, Tertius als Kläger gegen ihn auftritt [4]). Man bezieht ſich auf die Analogie der Eigenthumsklage, wonach der Vindicant, wenn er früher abgewieſen war, und nachdem er ſpäter in den Beſitz kam, ſeinerſeits beklagt wurde, von dem frühern Urtheil nichts zu fürchten hatte. Doch dies erklärt ſich daraus, weil hier in jenem erſten Rechtsſtreit über das Recht des Beklagten, der jetzt als Kläger auftritt, nicht erkannt wurde. Ganz anders in unſerm Fall, hier mußte ſeinerzeit, um den Prioritätsſtreit zwiſchen dem klagenden Primus und dem beklagten Tertius zu erledigen, das Recht des letzteren geprüft und über daſſelbe entſchieden werden. Wenn daher Primus als Kläger

3) l. 19 D. de exc. rei jud. 44, 2 cfr. l. 30 § 1 D. eod.

4) Bachofen Pfandr. S. 517 Anm. 1 ff. Bangerow § 377 Anm. 2. Dagegen vergl. Arndts Pand. § 387 Anm. Brinz Pand. S. 349. Windſcheid Pand. § 247. Anm. 1. — Dagegen meint Pfeiffer im Archiv f. civ. Pr. Bd. 38 S. 350, daß der dritte auch im Falle, wo er als Kläger ſiegte, kein Recht habe, den wieder verlornen Beſitz von dem erſten zurückzuverlangen. Allein wenn auch die actio hypothecaria des Tertius nach claſſiſchem Recht nicht auf dies Judicat geſtützt werden konnte, ſo konnte doch Tertius der exceptio rei antea pigneratae des Primus mit der replicatio rei judicatae entgegentreten. Nicht haltbar erſcheint mir daher die Auffaſſung von Sintenis Pfandr. S. 428.

Digitized by Google

unterlag, weil Tertius auf Grund der von ihm vorgeschützten Einrede der bessern Hypothek die Priorität zugesprochen wurde, wenn dann Primus — im Besitz der Pfandsache — von Tertius mit der actio hypothecaria belangt wird und diesem die exceptio rei antea pigneratae entgegenstellt, so könnte Tertius dieselbe mit der replicatio rei judicatae zweifelsohne aus dem Feld schlagen, da der Beklagte eandem quaestionem revocat in judicium.

b) Die Entscheidung zwischen Primus und Tertius hat nun aber keinerlei Rechtskraft für den Secundus. Denn es ist allgemeiner Grundsatz, daß ein Urtheil zwischen Dritten einer nicht betheiligten Parthei weder nützt noch schadet.

Dies Alles wird zur Genüge bezeugt von Paulus in der famosen l. 16 D. qui pot. 20, 4. lib. 3 quaestionum:

> Claudius Felix eundem fundum tribus obligaverat, Eutychianae primum, deinde Turboni, tertio loco alii creditori. Quum Eutychiana de jure suo doceret[5]), superata apud judicem a tertio creditore non provocaverat, Turbo apud alium judicem victus, appellaverat. Quaerebatur utrum tertius creditor etiam Turbonem superare deberet, qui primam creditricem, an ea remota Turbo tertium excluderet. Plane quum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit in locum ejus substituitur in ea quantitate quam superiori exsolvit, fuerunt igitur, qui dicerent, hic quoque tertium creditorem potiorem esse debere. Mihi nequaquam hoc justum esse videbatur. Pone primam creditricem judicio convenisse tertium creditorem et exceptione aliove quo modo a tertio superatam, numquid adversus Turbonem, qui secundo loco crediderat, tertius creditor, qui primam vicit, exceptione rei judicatae uti potest? aut contra si post primum judicium, in quo prima creditrix superata est a tertio creditore secundus creditor tertium obtinuerit, poterit uti exceptione

5) Cujacius ad h. locum liest „non doceret", ut significet superatam fuisse Eutychianam deficientibus juris sui probationibus. Allein die gewöhnliche Lesart genügt, er brachte sein Recht vor, ohne, ist hinzuzudenken, den Richter überzeugen zu können. —

Digitized by Google

rei judicatae adversus primam creditricem? Nullo modo, ut opinor. Igitur nec tertius creditor successit in ejus locum quem exclusit, nec inter alios res judicata alii prodesse aut nocere solet, sed sine praejudico prioris sententiae totum jus alii creditori integrum relinquitur.

Die Entscheidung des Paulus ist so klar, daß sie eines Commentars kaum bedarf, sie bestätigt unsere Ausführungen. Sie verwirft jede Art von successio Seitens des obsiegenden Tertius an die Stelle des Primus, indem sie davon ausgeht, daß Tertius sich dem Secundus gegenüber auf das obsiegliche Urtheil nicht berufen kann, daß Secundus nach wie vor dem Primus nachsteht, dem Tertius vorgeht [6]).

So entsteht aber der berüchtigte circulus inextricabilis. Secundus, dem der Prozeß zwischen Primus und Tertius nicht präjudicirt, siegt über Tertius, Primus über Secundus, Tertius über Primus. Keiner kann verkaufen, Secundus und Tertius haben hierzu kein Recht,

6) Trotz dieses Ausspruches von Paulus nehmen Viele eine Succession an. Beckmann de succ. credit. § 20—22. Glück Pand. Bd. 19 S. 377. Wangerow l. c. § 377. Sie behaupten nämlich, wenn im ersten Prozeß Primus als Kläger, Tertius als Verklagter auftrat, und wenn Jener unterlag, so könne Tertius, auf jenes Urtheil gestützt, nicht gegen Primus klagen. Es gestalte sich also hier die Sache einfach so, daß Secundus dieselbe dem Tertius, Primus dem Secundus abnehme und so wieder in unanfechtbarem Besitz sei. Nur von diesem Fall, behaupten sie, handle Paulus. Ganz anders aber verhalte es sich, wenn Tertius im ersten Prozeß als Kläger obsiegte, hier drohe ein circulus, der nur durch Annahme einer successio in locum geheilt werden könne. Gegen diese Auffassung sprechen folgende Gründe: a) Die Gefahr eines circulus rechtfertigt die Annahme einer successio in locum keineswegs, da hierdurch Primus ohne innern Grund benachtheiligt und dem Secundus nachgesetzt wird. b) Die Behauptung, daß Tertius, der gegen Primus als Beklagter für prior erklärt wurde, dies Urtheil bei einer Verwechslung der Partheirollen nicht als Kläger gegen diesen benutzen könne, ist, wie wir sahen, irrig. c) Paulus leugnet die successio keineswegs bloß für den Fall, in welchem Primus im ersten Prozeß Kläger war und unterlag, sondern ebensowohl unter der Unterstellung, daß Tertius im ersten Prozesse klagte und obsiegte. Ja gerade der Paulus vorgelegte Fall hatte, wie uns scheint, die letztere Gestalt. Hierfür spricht schon die besondere Hervorhebung „quum Eutychiana de jure suo doceret" was keine Bemerkung verdiente, wenn sie als Klägerin auftrat, nur dann einer Erwähnung würdig war, wenn sie die Rolle einer Verklagten einnahm. Deßgleichen ist von Gewicht, daß Paulus im zweiten Theil der Rolle, um seine Entscheidung zu motiviren, den Fall erst setzt (pone), daß die Prima gegen den Tertius geklagt hat und unterlag. Eine solche Supposition wäre unbegreiflich, wenn das vorgetragene Factum gerade diese Gestalt gehabt hätte.

Digitized by Google

Primus ist, wie wir bereits bemerkten, wegen der drohenden actio hypothecaria des Tertius hierzu nicht im Stand. Der Irrthum des Richters ist nicht weitgreifend genug, um für das ganze Verhältniß eine neue Basis zu schaffen, aber er reicht hin um es zu verwirren und Alles in der Schwebe zu erhalten.

Die Lösung dieser Verwicklung scheint uns nun am einfachsten so zu geschehen, daß Secundus dem Primus offerirt und damit das Urtheil mit seinem störenden Einfluß beseitigt [7]). Paulus bezeugt ausdrücklich, daß das Urtheil zwischen Primus und Tertius dem Secundus weder nütze noch schade. Primus kann dem Secundus daher die Pfandsache immer noch abvindiciren und aus diesem Grund kann es auch nicht zweifelhaft sein, daß Secundus dem Primus nach wie vor dem Urtheil offeriren und so sein Recht consolidiren kann. Allerdings kann man versucht sein zu Gunsten des Tertius anzuführen, daß er dem Primus vermöge rechtskräftigen Urtheils vorging, daß Secundus an dessen Stelle getreten ist und nicht mehr Rechte prätendiren könne als der Abgefundene selbst hatte. Secundus aber wird, wie uns scheint, seinen Vorzug vor Tertius in folgender Weise rechtfertigen [8]): ich habe in dem Augenblick, als mir der Schuldner die zweite Hypothek constituirte, zugleich das Recht erworben, meine Hypothek durch Abzahlung an den Primus zu consolidiren und hierdurch an die erste Stelle zu treten. Diese Befugniß kann mir durch keine spätere Machenschaft zwischen Primus und Tertius, durch keinen Prozeß, an dem ich nicht Theil nahm, entzogen werden. Ich kann folglich das Recht des Primus in der Art, wie es im Moment der Errichtung meiner Hypothek bestand, an mich ziehen.

Es soll ja meine Stellung durch den Prozeß zwischen Primus und Tertius nicht geändert, nicht verbessert, aber auch nicht verschlechtert werden. Hierzu gehört aber wesentlich, daß mir das jus offerendi bleibe, die Quintessenz meines Rechts. Dem Tertius kann ich nun keinenfalls offeriren, denn hierdurch würde ich zwar diesen, nicht aber den Vorzug

7) Dies ist der Ausweg, den Bartolus vorschlägt in d. l. Claudius, Nogusantius p. VI. m. 3 n. 43 adoptirt. Auch Donellus de pignoribus cap. XIII cap. 6—8 Bachov de pign. lib. III. cap. 15 n. 3 sprechen sich hiefür aus.

8) Eine weitere Bestärkung und Beleuchtung wird diese Auffassung durch die Lehre von der successio in locum erhalten, indem dort nachgewiesen wird, daß die Rechte des Abfindenden nicht jura cessa des Primus sind, sondern daß er ein neues an die Stelle von Primus einrückendes Recht erhält.

Digitized by Google

des Primus entfernen, welchem gerade die actio hypothecaria gegen mich zusteht. Entzieht man mir das Recht, dem Primus zu offeriren, so bin ich des Oblationsrechts beraubt, also im höchsten Grad in meinen Rechten gekränkt. Auf diese Weise wird Secundus mit Erfolg den Tertius zurückweisen, der sich ihm gegenüber auf das mit dem Primus erfochtene Urtheil als formelle Wahrheit berufen will. Jenes Urtheil ist durch die Oblation matt gesetzt. Hingegen versteht es sich von selbst, daß Secundus dem Tertius gegenüber beweisen muß, daß materiell der Abgefundene wirklich die erste Hypothek hatte.

Nicht befriedigend scheint uns der Ausweg, den man gewöhnlich proponirt, daß Tertius dem Secundus offerire und sich dadurch sein Recht consolidire [9]). Wir sehen ganz davon ab, daß strenggenommen auch nach diesem Schritt Tertius dem Schuldner gegenüber nicht Primus ist, also kein Verkaufsrecht hat. Das Entscheidende ist uns, daß Tertius nicht berechtigt ist, das dem Secundus Offerirte dem Primus so in Rechnung zu stellen, daß dieser sich den Vorabzug gefallen lassen muß. Dies scheint uns dann unzweifelhaft, wenn Tertius aus dem Grund über Primus siegte, weil er einen angeblich noch höhern Rang als dieser hat. Bleiben wir bei dem oben aufgestellten Beispiel, A. hat eine Hypothek vom Jahre 1860, B. vom Jahre 1861, X. vom Jahre 1862 ist aber rechtskräftig dem A. gegenüber als Pfandgläubiger vom Jahre 1859 anerkannt; hier wird X. nicht berechtigt sein, den Erlös so auszutheilen, daß er zuerst seine Forderung tilgt, dann das dem Secundus Ausgelegte abzieht und seiner Kasse zurückerstattet, zuletzt erst dem Primus den Rest einhändigt; denn Primus wird den Vorzug des Tertius vor der eignen Hypothek anerkennen müssen, dagegen aber mit Recht protestiren, daß die Forderung des Secundus, die ihm, wie der Gegner nicht widerspricht, nachsteht, vor seiner Forderung aus der hyperocha getilgt werde. Nicht anders stünde aber die Sache im umgekehrten Fall, wenn X. dem A. um deßwillen obgesiegt hätte, weil der Richter irrigerweise annahm, daß die Hypothek des A. statt in's Jahr 1860 in's Jahr 1863 gehöre; denn dies zu Gunsten des Pfandrechts des X. Judicirte gilt nicht zu Gunsten des Pfandgläubigers B., selbst wenn X. an dessen Stelle getreten ist. Es liegt hier alia res vor. Es ist ja denkbar, daß der Vorzug des A. vor B. bereits rechtskräftig anerkannt

9) Bachofen Pfandr. S. 517. Arndts Pand. § 387 Anm. Brinz I. S. 349. Windscheid Pand. I. § 247 Anm. 1. Dagegen Mueller l. c. § 12.

Digitized by Google

Primus ist, wie wir bereits bemerkten, wegen der drohenden actio hypothecaria des Tertius hierzu nicht im Stand. Der Irrthum des Richters ist nicht weitgreifend genug, um für das ganze Verhältniß eine neue Basis zu schaffen, aber er reicht hin um es zu verwirren und Alles in der Schwebe zu erhalten.

Die Lösung dieser Verwicklung scheint uns nun am einfachsten so zu geschehen, daß Secundus dem Primus offerirt und damit das Urtheil mit seinem störenden Einfluß beseitigt [7]). Paulus bezeugt ausdrücklich, daß das Urtheil zwischen Primus und Tertius dem Secundus weder nütze noch schade. Primus kann dem Secundus daher die Pfandsache immer noch abvindiciren und aus diesem Grund kann es auch nicht zweifelhaft sein, daß Secundus dem Primus nach wie vor dem Urtheil offeriren und so sein Recht consolidiren kann. Allerdings kann man versucht sein zu Gunsten des Tertius anzuführen, daß er dem Primus vermöge rechtskräftigen Urtheils vorging, daß Secundus an dessen Stelle getreten ist und nicht mehr Rechte prätendiren könne als der Abgefundene selbst hatte. Secundus aber wird, wie uns scheint, seinen Vorzug vor Tertius in folgender Weise rechtfertigen [8]): ich habe in dem Augenblick, als mir der Schuldner die zweite Hypothek constituirte, zugleich das Recht erworben, meine Hypothek durch Abzahlung an den Primus zu consolidiren und hierdurch an die erste Stelle zu treten. Diese Befugniß kann mir durch keine spätere Machenschaft zwischen Primus und Tertius, durch keinen Prozeß, an dem ich nicht Theil nahm, entzogen werden. Ich kann folglich das Recht des Primus in der Art, wie es im Moment der Errichtung meiner Hypothek bestand, an mich ziehen.

Es soll ja meine Stellung durch den Prozeß zwischen Primus und Tertius nicht geändert, nicht verbessert, aber auch nicht verschlechtert werden. Hierzu gehört aber wesentlich, daß mir das jus offerendi bleibe, die Quintessenz meines Rechts. Dem Tertius kann ich nun keinenfalls offeriren, denn hierdurch würde ich zwar diesen, nicht aber den Vorzug

7) Dies ist der Ausweg, den Bartolus vorschlägt in d. l. Claudius, Negusantius p. VI. m. 3 n. 43 adoptirt. Auch Donellus de pignoribus cap. XIII cap. 6—8 Bachov de pign. lib. III. cap. 15 n. 3 sprechen sich hiefür aus.

8) Eine weitere Bestärkung und Beleuchtung wird diese Auffassung durch die Lehre von der successio in locum erhalten, indem dort nachgewiesen wird, daß die Rechte des Abfindenden nicht jura cessa des Primus sind, sondern daß er ein neues an die Stelle von Primus einrückendes Recht erhält.

Digitized by Google

des Primus entfernen, welchem gerade die actio hypothecaria gegen mich zusteht. Entzieht man mir das Recht, dem Primus zu offeriren, so bin ich des Oblationsrechts beraubt, also im höchsten Grad in meinen Rechten gekränkt. Auf diese Weise wird Secundus mit Erfolg den Tertius zurückweisen, der sich ihm gegenüber auf das mit dem Primus erfochtene Urtheil als formelle Wahrheit berufen will. Jenes Urtheil ist durch die Oblation matt gesetzt. Hingegen versteht es sich von selbst, daß Secundus dem Tertius gegenüber beweisen muß, daß materiell der Abgefundene wirklich die erste Hypothek hatte.

Nicht befriedigend scheint uns der Ausweg, den man gewöhnlich proponirt, daß Tertius dem Secundus offerire und sich dadurch sein Recht consolidire[9]). Wir sehen ganz davon ab, daß strenggenommen auch nach diesem Schritt Tertius dem Schuldner gegenüber nicht Primus ist, also kein Verkaufsrecht hat. Das Entscheidende ist uns, daß Tertius nicht berechtigt ist, das dem Secundus Offerirte dem Primus so in Rechnung zu stellen, daß dieser sich den Vorabzug gefallen lassen muß. Dies scheint uns dann unzweifelhaft, wenn Tertius aus dem Grund über Primus siegte, weil er einen angeblich noch höhern Rang als dieser hat. Bleiben wir bei dem oben aufgestellten Beispiel, A. hat eine Hypothek vom Jahre 1860, B. vom Jahre 1861, X. vom Jahre 1862 ist aber rechtskräftig dem A. gegenüber als Pfandgläubiger vom Jahre 1859 anerkannt; hier wird X. nicht berechtigt sein, den Erlös so auszutheilen, daß er zuerst seine Forderung tilgt, dann das dem Secundus Ausgelegte abzieht und seiner Kasse zurückerstattet, zuletzt erst dem Primus den Rest einhändigt; denn Primus wird den Vorzug des Tertius vor der eignen Hypothek anerkennen müssen, dagegen aber mit Recht protestiren, daß die Forderung des Secundus, die ihm, wie der Gegner nicht widerspricht, nachsteht, vor seiner Forderung aus der hyperocha getilgt werde. Nicht anders stünde aber die Sache im umgekehrten Fall, wenn X. dem A. um deßwillen obgesiegt hätte, weil der Richter irrigerweise annahm, daß die Hypothek des A. statt in's Jahr 1860 in's Jahr 1863 gehöre; denn dies zu Gunsten des Pfandrechts des X. Judicirte gilt nicht zu Gunsten des Pfandgläubigers B., selbst wenn X. an dessen Stelle getreten ist. Es liegt hier alia res vor. Es ist ja denkbar, daß der Vorzug des A. vor B. bereits rechtskräftig anerkannt

9) Bachofen Pfandr. S. 517. Arndts Pand. § 387 Anm. Brinz I. S. 349. Windscheid Pand. I. § 247 Anm. 1. Dagegen Mueller l. c. § 12.

Digitized by Google

ist. — Auch in diesem zweiten Fall hat sich also A. den Vorzug des B. nicht gefallen zu lassen. Die Oblation des Tertius an den Secundus wird daher nur praktikabel, wenn die an den Secundus zu leistende Summe verhältnißmäßig gering und Tertius bereit ist, um seinen Vorzug dem Primus gegenüber zu consolidiren, die ausgelegte Summe schwinden zu lassen.

Aus ähnlichen Utilitätsgründen kann Primus es in seinem Interesse finden, ein Opfer zu bringen [10]). Uebersteigt seine Forderung die des Tertius, so kann er den Tertius abfinden und dann verkaufen, oder er kann ohne weiteres zum Verkauf schreiten, aus der eigentlich auf ihn entfallenden Portion den Tertius befriedigen, um dessen Vindication zu beseitigen und die Differenz zwischen seiner Forderung und der des Tertius zurückhalten.

Jede Oblation ist unthunlich, wenn das Pfand nur für eine der drei Pfandschulden sufficient ist, es wäre z. B. der Pfandwerth 1000 und jede der drei Forderungen betrüge 1000. Hier wäre Oblation Verlust, sie möchte nun von Primus oder Secundus oder Tertius ausgehen. Hier kann nur durch freiwillige Verständigung unter den Pfandgläubigern geholfen werden. Eine solche wird aber durch die Sachlage erzwungen; denn es kann keinem der Creditoren genehm sein, daß der Pfandverkauf gehemmt und dadurch die Befriedigung Aller in die Ferne gerückt wird. Auch genügt es, wenn sich nur ein Creditor zum Verzicht bereit erklärt, etwa gegen ein Aequivalent aus der Tasche dessen, dem die Renunciation zu Gute kommt. Es kann Primus verzichten, dann wird Secundus erster Creditor, gegen welchen Tertius in keiner Weise aufkommen kann. Oder Tertius kann abstehen, dann ist des Primus Stellung wieder consolidirt. Oder endlich Secundus kann Verzicht leisten, wodurch des Tertius Lage verbessert würde.

Alle die genannten Auskunftsmittel sind aber unzureichend, wenn es zur Subhastation des Pfands durch den Richter kommt oder wenn die Pfänder im Concurs des Schuldners versteigert werden. Der Richter kann sich nicht durch Palliative, durch Vergleiche helfen, wie die Partheien selbst. Er soll Recht sprechen und eine Ordnung schaffen, der sich die Partheien unterwerfen müssen. Versucht er aber dieser Aufgabe mit Rücksicht auf das rechtskräftige Urtheil zwischen Tertius und Primus nachzukommen, so wird er eine Sisyphusarbeit übernommen

10) Brinz Pand. I. S. 349.

Digitized by Google

haben. Vergegenwärtigen wir uns den Fall, in welchem A. eine Hypothek von 1860, B. von 1861 hat, X. rechtskräftig dem A. gegenüber in's Jahr 1859, dem B. gegenüber in's Jahr 1862 gesetzt ist. Locirt nun der Concursrichter

a) A. B. X., so greift X. den A. an, weil er auf Grund des rechtskräftigen Urtheils ihm vorgeht.

b) Locirt er X. B. A., so kann B. den X. und A. den B. als ungehörig vorgesetzt angreifen.

c) Setzt er B. X. A., dann kann A. den B. impugniren. Wie er also locirt, stets kann seine Ordnung angegriffen werden und muß umgestürzt werden ohne je dem angestrebten Ziel näher zu kommen. Dies kann nicht befremden. Die Vertheilung des Pfanderlöses kann nur in einer Ordnung geschehen. Nun werden aber dem Richter zwei Urtheile zur Richtschnur vorgelegt, welche die Rangordnung verschieden reguliren und beide doch gleich rechtskräftig sind, gleiches Gewicht in die Wagschale werfen. Beide zu respectiren und doch eine Reihe zu schaffen ist dem Richter so unmöglich, wie dem Mathematiker die Construirung eines runden Dreiecks. Hier scheint uns der einzig rationelle Ausweg zu behaupten: Jene Urtheile waren nur bestimmt für die Verhältnisse von je zwei Partheien, nun aber ist eine Ordnung zu schaffen unter allen Partheien. Diesem Zweck sind jene Urtheile nicht dienlich, sie sind als hiefür unbrauchbar bei Seite zu setzen und es hat jetzt der Concursrichter von neuem auf Grundlage des materiellen Rechts unter allen Partheien zu urtheilen. So findet er den festen Boden wieder, der ihm durch die Fiction der Wahrheit des Urtheils verloren ging [11]).

---

11) Unhaltbar sind andere Auswege, auf die man etwa noch verfallen könnte. Es ließe sich behaupten, da Jeder der Creditoren einen gleichgroßen Anspruch auf den ersten Platz habe, so müsse der Erlös unter alle Creditoren vertheilt werden, entweder nach Köpfen oder auch nach Verhältniß des Betrags ihrer Forderungen. Dies ist die Lösung von Leibnitz l. c. § 27. „in concursu perplexo ad rem divisibilem aut communicabilem litigantes omnes admittentur pro rata. Uti enim, si de facto incertum est, quis prior alteri hypothecam v. g. aut arrestum nactus sit, concurrunt creditores pro rata ..... quidni igitur cum de jure incertitudo est? et quid dubitamus? in casu perplexo litigantes pares sunt. pares autem concurrunt pro rata daturque aequilibrium justitiae, cum libra paria utrinque pondera sustinet. Hiermit giebt man zwar scheinbar jeder Reihe die gleiche Berechtigung, in der That aber erkennt man keine mehr an, sondern bringt ein mixtum compositum hervor, das sich nicht mehr auf die Rechtskraft,

Digitized by Google

2) Man nimmt nicht selten an, es träten ähnliche Schwierigkeiten wie in dem besprochenen Fall ein, wenn im Concursprozeß eine Prioritätssentenz erlassen ist und nun Einer der Letztlocirten den Vorzug des Erstlocirten etwa auf dem Weg der Appellation angreift, ohne daß die in der Mitte stehenden als Kläger oder Beklagte auftreten [12]). Allein der Zweck des Concursprozesses scheint uns zu fordern, daß eine Ordnung unter allen Betheiligten durch die Prioritätssentenz geschaffen werde; sie bildet eine juristische Einheit und ist keineswegs ein Aggregat von verschiedenen Urtheilen, die sich etwa auch widersprechen können und die nur der Bequemlichkeit und der Raumersparniß halber in einem Act zusammengestellt sind [13]). Nun sind zwei Fälle denkbar:

a) Der Letztlocirte greift den Vorzug des Ersten auf einen Grund hin an, der, seine Wahrheit vorausgesetzt, auch den in der Mitte locirten Creditoren zu Gute kommen würde. Der Appellant behauptet, z. B. die Hypothek des Erstlocirten sei keine öffentliche oder keine privilegirte, worauf der erste Richter deren Vorzug gestützt hat. Hier kommt der Sieg des Appellanten unserer Ansicht den in der Mitte Locirten zu Gute, weil die Location als una eademque causa aufzufassen ist [14]).

b) Der Letztlocirte greift den Ersten aus einem Grund an, der, wenn er sich bewahrheitet, ihm einen Vorzug vor Allen in der Mitte stehenden Creditoren gewähren würde, z. B. er behauptet ein Privilegium, das ihn an die erste Stelle setzt. Hier ist der Appellat berechtigt zu verlangen, daß die Appellation nicht nur gegen ihn, sondern

---

sondern auf Willkühr stützt. Nicht vorzüglicher ist das System, welches Müller l. c. pag. 32 entwickelt. Hiernach soll jeder Creditor das erhalten, was vom Erlös des Pfands übrigbleibt nach Abzug des Betrags, der auf den rechtskräftig festgestellten Vorgänger entfällt. Natürlich ist der Betrag der eignen Forderung stets die Gränze. — Wie wenig dies Princip durchreicht, ergiebt sich daraus, daß wenn der Werth des Pfandes 100 beträge und jede der Forderungen von A. B. und X. gleichfalls 100, nach jenem System keiner einen Anspruch hatte; man müßte also doch zur ratuellen Theilung unter den Hypothekarien greifen. Noch andere, nicht ungewichtige Einwendungen ließen sich machen, es genügt aber wohl die eine, in dem man allen Urtheilen gerecht werden will, befolgt man in Wahrheit keines. —

12) Ueber dieses Verhältniß vgl. Pufendorf obs. III. 179. Gönner Handbuch I. S. 409. Gmelin Gantprozeß § 26 S. 52. Hoch Magazin für Concurssachen H. 1 (1820) n. 4. Bülow und Hagemann Erört. Bd. 4 n. 32. Schweppe Concursprozeß 2. Ausg. § 139 a. E. Schmidt Civilpr. Bd. 3 S. 331.

13) a. Anf. Mittermaier Bd. 3 S. 45.

14) l. 10 § 4 D. de appell. 49, 1. l. 1 l. 2 C. si unus ex pluribus 7, 68.

Digitized by Google

auch gegen die in der Mitte stehenden Creditoren gerichtet werde. Denn es liegt kein Grund vor, den Nachtheil der Sentenz auf ihn ausschließlich zu wälzen, was geschehen würde, wenn die Zwischencreditoren nicht in den Prozeß gezogen würden. Die Masse wäre 2000, A. hatte eine Hypothek von 1000 vom Jahre 1860, B. eine gleiche von 1000 vom Jahre 1861, C. eine angeblich privilegirte gleichfalls von 1000. Würde man C. ein Rechtsmittel, das sich bloß gegen A. richtete, verstatten, so erhielte man das absurde Resultat, daß im Fall des Siegs von C. sein Gegner A. völlig ausfiele, während dieser doch dem B. gegenüber vorging und sich auch dadurch keiner Versäumniß schuldig machte, daß er gegen den B., dem er im vorigen Urtheil vorgesetzt war, nicht appellirte [15]).

Nach der hier vorgetragenen Auffassung hingegen hat A. ein Recht darauf, daß die Sentenz unter allen Betheiligten gefällt werde und die Location für Alle erfolge.

3) Auch die Gesetze haben — wenigstens nach der Meinung vieler gemeinrechtlicher Juristen — Fälle der relativen Priorität angeordnet und hierdurch ähnliche Schwierigkeiten geschaffen, wie sie bei widersprechenden Urtheilen entstehen. Solcher Fälle sind aber insbesondere folgende:

a) Viele Juristen nehmen an, daß der Vorzug, welchen Leo in der l. 11 C. qui potiores der öffentlichen Hypothek beigelegt hat, nur auf vertragsmäßige Urkundenpfänder Bezug habe; hinsichtlich der Conventionalhypotheken, die durch Zeugen erwiesen werden, sowie hinsichtlich der Legalhypotheken sei das alte Recht unverändert beibehalten [16]). Wer soll hiernach vorgehen, wenn A. laut einer Privaturkunde ein Pfandrecht aus dem Jahre 1850 hat, B. durch Zeugen eine Hypothek aus dem Jahre 1852 nachweist und C. mit einer öffentlichen Urkunde über eine Hypothek vom Jahre 1854 hervortritt?

b) Nicht wenige Juristen behaupten, daß nach der nov. 97 cap. 3 die Dotalhypothek der Ehefrau zwar den Vorzug vor einer jüngeren Hypothek mit in rem versio habe, dagegen einer älteren Versionshypothek nachstehe. Nun geht bekanntlich die jüngere versio

15) So Gmelin und Elsässer Bd. I. S. 92.
16) vgl. oben § 151 Anm. 9.

Digitized by Google

2) Man nimmt nicht ſelten an, es träten ähnliche Schwierigkeiten wie in dem beſprochenen Fall ein, wenn im Concursprozeß eine Prioritätsſententz erlaſſen iſt und nun Einer der Letztlocirten den Vorzug des Erſtlocirten etwa auf dem Weg der Appellation angreift, ohne daß die in der Mitte ſtehenden als Kläger oder Beklagte auftreten [12]). Allein der Zweck des Concursprozeſſes ſcheint uns zu fordern, daß eine Ordnung unter allen Betheiligten durch die Prioritätsſententz geſchaffen werde; ſie bildet eine juriſtiſche Einheit und iſt keineswegs ein Aggregat von verſchiedenen Urtheilen, die ſich etwa auch widerſprechen können und die nur der Bequemlichkeit und der Raumerſparniß halber in einem Act zuſammengeſtellt ſind [13]). Nun ſind zwei Fälle denkbar:

a) Der Letztlocirte greift den Vorzug des Erſten auf einen Grund hin an, der, ſeine Wahrheit vorausgeſetzt, auch den in der Mitte locirten Creditoren zu Gute kommen würde. Der Appellant behauptet, z. B. die Hypothek des Erſtlocirten ſei keine öffentliche oder keine privilegirte, worauf der erſte Richter deren Vorzug geſtützt hat. Hier kommt der Sieg des Appellanten unſerer Anſicht den in der Mitte Locirten zu Gute, weil die Location als una eademque causa aufzufaſſen iſt [14]).

b) Der Letztlocirte greift den Erſten aus einem Grund an, der, wenn er ſich bewahrheitet, ihm einen Vorzug vor Allen in der Mitte ſtehenden Creditoren gewähren würde, z. B. er behauptet ein Privilegium, das ihn an die erſte Stelle ſetzt. Hier iſt der Appellat berechtigt zu verlangen, daß die Appellation nicht nur gegen ihn, ſondern

---

ſondern auf Willkühr ſtützt. Nicht vorzüglicher iſt das Syſtem, welches Müller l. c. pag. 32 entwickelt. Hiernach ſoll jeder Creditor das erhalten, was vom Erlös des Pfands übrigbleibt nach Abzug des Betrags, der auf den rechtskräftig feſtgeſtellten Vorgänger entfällt. Natürlich iſt der Betrag der eignen Forderung ſtets die Gränze. — Wie wenig dies Princip durchreicht, ergiebt ſich daraus, daß wenn der Werth des Pfandes 100 beträge und jede der Forderungen von A. B. und X. gleichfalls 100, nach jenem Syſtem keiner einen Anſpruch hatte; man müßte alſo doch zur ratuellen Theilung unter den Hypothekarien greifen. Noch andere, nicht ungewichtige Einwendungen ließen ſich machen, es genügt aber wohl die eine, indem man allen Urtheilen gerecht werden will, befolgt man in Wahrheit keines. —

12) Ueber dieſes Verhältniß vgl. Pufendorf obs. III. 179. Gönner Handbuch I. S. 409. Gmelin Gantprozeß § 26 S. 52. Hoch Magazin für Concurſsſachen H. 1 (1820) n. 4. Bülow und Hagemann Erört. Bd. 4 n. 32. Schweppe Concursprozeß 2. Ausg. § 139 a. E. Schmidt Civilpr. Bd. 3 S. 331.

13) a. Anſ. Mittermaier Bd. 3 S. 45.

14) l. 10 § 4 D. de appell. 49, 1. l. 1 l. 2 C. si unus ex pluribus 7, 68.

Digitized by Google

auch gegen die in der Mitte stehenden Creditoren gerichtet werde. Denn es liegt kein Grund vor, den Nachtheil der Sentenz auf ihn ausschließlich zu wälzen, was geschehen würde, wenn die Zwischencreditoren nicht in den Prozeß gezogen würden. Die Masse wäre 2000, A. hatte eine Hypothek von 1000 vom Jahre 1860, B. eine gleiche von 1000 vom Jahre 1861, C. eine angeblich privilegirte gleichfalls von 1000. Würde man C. ein Rechtsmittel, das sich bloß gegen A. richtete, verstatten, so erhielte man das absurde Resultat, daß im Fall des Siegs von C. sein Gegner A. völlig ausfiele, während dieser doch dem B. gegenüber vorging und sich auch dadurch keiner Versäumniß schuldig machte, daß er gegen den B., dem er im vorigen Urtheil vorgesetzt war, nicht appellirte [15]).

Nach der hier vorgetragenen Auffassung hingegen hat A. ein Recht darauf, daß die Sentenz unter allen Betheiligten gefällt werde und die Location für Alle erfolge.

3) Auch die Gesetze haben — wenigstens nach der Meinung vieler gemeinrechtlicher Juristen — Fälle der relativen Priorität angeordnet und hierdurch ähnliche Schwierigkeiten geschaffen, wie sie bei widersprechenden Urtheilen entstehen. Solcher Fälle sind aber insbesondere folgende:

a) Viele Juristen nehmen an, daß der Vorzug, welchen Leo in der l. 11 C. qui potiores der öffentlichen Hypothek beigelegt hat, nur auf vertragsmäßige Urkundenpfänder Bezug habe; hinsichtlich der Conventionalhypotheken, die durch Zeugen erwiesen werden, sowie hinsichtlich der Legalhypotheken sei das alte Recht unverändert beibehalten [16]). Wer soll hiernach vorgehen, wenn A. laut einer Privaturkunde ein Pfandrecht aus dem Jahre 1850 hat, B. durch Zeugen eine Hypothek aus dem Jahre 1852 nachweist und C. mit einer öffentlichen Urkunde über eine Hypothek vom Jahre 1854 hervortritt?

b) Nicht wenige Juristen behaupten, daß nach der nov. 97 cap. 3 die Dotalhypothek der Ehefrau zwar den Vorzug vor einer jüngeren Hypothek mit in rem versio habe, dagegen einer älteren Versionshypothek nachstehe. Nun geht bekanntlich die jüngere versio

15) So Gmelin und Elsässer Bd. I. S. 92.
16) vgl. oben § 151 Anm. 9.

Digitized by Google

in rem stets der älteren vor [17]). Es entsteht also auch hier die vielbesprochene Collision, wenn zuerst A. zur Verbesserung einer Sache eine Hypothek constituirte, dann die Ehefrau B. eine Dotalhypothek an derselben gewann, und wenn dann C. zuletzt sich zu einer neuen Hypothek behufs neuer versio in rem verstand.

c) Nach der Ansicht, welche in der älteren Jurisprudenz die Herrschaft hatte und in manche Particulargesetze überging, hat die l. assiduis C qui pot. 8, 18 der gesetzlichen Dotalhypothek der Ehefrau nur den Vorzug vor älteren Legalhypotheken gegeben, keineswegs aber vor älteren Conventionalpfändern [18]). Und wiederum frägt es sich, was ist Rechtens, wenn Titius eine Legalhypothek von 1850, Gajus eine Conventionalhypothek von 1855 hat und eine Ehefrau 1860 eine Dotalhypothek erhält. — Wir selbst haben gefunden, daß zwischen einer Dotalhypothek und einer Hypothek des Fiscus nur das Alter entscheidet, so daß ein ähnlicher Conflict mit einer Privathypothek eintreten kann [19]).

Auch der hier durch das Gesetz geschaffene Conflict läßt sehr verschiedene Lösungen zu. Wir wollen die Frage mit besonderer Beziehung auf die Dotalhypothek behandeln, indem wir als gesetzliche Bestimmung supponiren, daß sie nur der ältern Legalhypothek vorgehe. Das Resultat, das wir hier finden, muß auch für die andern Fälle der Collision in Folge Gesetzes, richtig sein.

a) Man kann der Dotalhypothek den Vorzug vor beiden concurrirenden Hypotheken geben, und nach Voranstellung der Ehefrau luciren Legalhypothek, Conventionalhypothek [20]). Der ersteren ginge dann die Ehefrau nach dem Gesetz vor, der zweiten nach der Regel si vinco vincentem te, vinco te ipsum. — Indessen ist es offenbar ungerecht und unvernünftig, daß die Conventionalhypothek nicht wegen der Hinfälligkeit des eignen Rechts, sondern der Mangelhaftigkeit des Rechts ihres Vorgängers leiden soll, wenn sie einmal durch das Privilegium an und für sich nicht betroffen wird.

b) Weit natürlicher scheint es daher, die Frau bis zur entsprechenden Summe an die Stelle des Legalhypothekars einrücken zu lassen und zu ordnen Dotalhypothek, Conventionalhypothek, Legalhypothek. Diese

17) oben § 155 Anm. 11.
18) oben § 154 Anm. 24.
19) § 154 Anm. 16
20) Carpzov def. for. ad const. 28 I. def. 175.

Digitized by Google

Auffassung wird denn auch von den bei weitem meisten Juristen vertheidigt[21]). Aber mit welchem Recht setzt man die Legalhypothek (etwa des Mündels) die älter und also besser als die Conventionalhypothek ist, dieser nach!

c) Das Richtige möchte daher sein, das Privilegium in solchen Fällen als wirkungslos zu betrachten. Nach dem Gesetz — wie wir es hier supponiren — hat die Dotalhypothek nur die Kraft, sich eine ältere Legalhypothek unterzuordnen. Concurrirt sie aber mit einer älteren Legalhypothek und einer dazwischenstehenden Conventionalhypothek, so reicht diese Kraft nicht aus, um eine Abweichung von der Ordnung des Alters hervorzurufen. Für eine solche bedürfte es neuer Befugnisse. Entweder man setzt die Frau an die Stelle des Legalhypothekars; dann giebt man ihr weit mehr als einen bloßen Vorzug, ordnet vielmehr eine successio in locum, eine Vertauschung des Rangs an, die durch kein Gesetz gerechtfertigt ist und der Legalhypothek zu größtem Nachtheil gereicht. Oder man setzt die Frau auch der Conventionalhypothek vor, dann ertheilt man ihr ein neues Privileg, das ihr das Gesetz nicht gewährt hat. Nun sind die Privilegien, von denen wir hier handeln, gewiß jura singularia, die wir nicht extendiren dürfen. Da uns nur die Wahl gelassen ist, jene Privilegien im concreten Fall für wirkungslos zu erklären, oder durch neue und exorbitante Privilegien erst wirkungsfähig zu machen, entscheiden wir uns nothwendig für die erste Alternative.

Zur Unterstützung dieser Auffassung läßt sich eine Entscheidung von Paulus in l. 5 § 2 D. ad S. C. Tertullianum 38, 17 anführen, die sich zwar auf einem ganz andern Gebiet bewegt, aber doch, wie uns scheint, auf denselben Principien beruht, die wir hier zur Anwendung brachten. Das Senatusconsultum Tertullianum verlieh der Mutter ein Erbrecht am Vermögen ihres verstorbenen Kindes. Doch ging ihr unter Andern der Vater des Kindes vor, falls derselbe nach Civilrecht oder auch nach prätorischem Recht einen Anspruch auf die Erbschaft hatte; hingegen schloß die Mutter den Großvater des Kindes aus[22]). Wie nun, wenn der Großvater einen Enkel, den er in der

21) Kind quaest. for. tom. IV. cap. 34 p. 207. Kori Concursprozeß S. 208. Nicht besser ist offenbar die Ordnung Conventionalhypothek, Dotalhypothek, Legalhypothek, die bei Reinhart Gant § 130 aufgestellt ist. Leibnitz theilt auch hier pro rata l. c. § 33.

22) l. 2 § 15 D. ad S. C. Tertullianum 38, 17.

Digitized by Google

Gewalt zurückbehalten hatte, ſpäter emancipirte und Großvater, Vater und Mutter bei deſſen Tode noch lebten. Nach dem älteren Recht war der Großvater nächſter Erbe als parens manumissor [23]), in Folge des Senatusconſults ſchloß ihn jetzt die Mutter aus. War aber der Großvater nicht zu zählen, ſo hatte der Vater des Kindes in Folge der bon. possessio unde cognati einen Erbanſpruch, in der Concurrenz mit dem Vater des Kindes fällt der Anſpruch der Mutter aus dem S. C. weg und ſo wurde wieder der Großvater gerufen. Der Juriſt entſcheidet: das S. C. finde keine Anwendung [24]). Das Recht der Mutter iſt hier zu ſchwach, es reicht nicht hin den Großvater und den Vater auszuſchließen, wenn es auch den Großvater allein bewältigen könnte [25]). Dieſem verbleibt daher ſein Erbrecht [26]).

---

23) l. 1 § 2 D. si quis a parente manumissus.

24) Leibnitz l. c. § 29 mißbilligt dies: decidit Paulus avum praeferendum. Causam ipse viderit. Mero certe juri consonantius concurrere, avum, patrem, matrem. —

25) In anderer Weiſe entſcheidet Ulpian den Fall, in welchem ein Agnat, der Vater des Kindes und deſſen Mutter bei deſſen Tode exiſtiren. Er giebt der Mutter den Vorzug l. 2 § 17 D. h. t. 38, 17. Freilich iſt auffallend, daß der Agnat, der durch die Mutter ausgeſchloſſen wird, doch bewirkt, daß der Mutter die Erbſchaft zukommt. Uns ſcheint der Grund dieſer Entſcheidung: daß es hart und dem Geiſt des Senatusconsultum Tertullianum entgegen wäre, wenn ein Agnat die Erbſchaft eines Kindes erhielte, deſſen Vater und Mutter noch lebt. Deßhalb geſteht Ulpian, das Senatusconſult fortbildend, zu, daß die Mutter Erbrecht erhält, wenn ein Agnat und nach dieſem ein pater naturalis nächſte Erbberechtigte wären.

26) Hier ſei noch einer Entſcheidung des geiſtlichen Rechts gedacht, in einem Fall, der einen ähnlichen Charakter trägt. Nach cap. 7 in 6to de concessione praebendae 3, 7 verlieh Pabſt Martinus dem Primus die Exſpectanz auf die erſte erledigte Präbende an der Kirche von Parma, ſpäter Pabſt Bonifacius eine gleiche dem Secundus ohne jedoch früher bewilligte Rechte zu deſſen Gunſten aufzuheben, endlich ertheilte dieſer Pabſt dem Tertius noch einmal die gleiche Exſpectanz mit der Clauſel, daß derſelbe den von frühern Päbſten zugeſtandenen, nicht aber den von ihm ſelbſt ausgegangenen Exſpectanzen vorgehen ſolle. Hier ſcheint den Secundus Primus als der Aeltere auszuſchließen, den Tertius Secundus aus gleichem Grund, den Primus aber wieder Tertius in Folge des Vorzugs vor allen von frühern Päbſten ertheilten Gnaden. Bonifacius giebt dem Secundus die erſte Stelle, dem Tertius die zweite, dem Primus erſt die dritterledigte. Er betrachtet offenbar die von ihm ſelbſt ausgebenden Exſpectanzen — im Sinn des an den Dritten ertheilten Privilegs — als zunächſt zu beachten.

Digitized by Google

§ 158. Uebertragung der Priorität und Verzicht auf dieselbe.

Nicht selten leistet ein vorgehender Hypothekar zu Gunsten eines nachstehenden Verzicht auf seine Priorität, ohne sich seiner Hypothek selbst begeben zu wollen. Die juristische Behandlung eines solchen Acts ist nicht ohne Schwierigkeit und diese tritt besonders zu Tage, wenn es sich um einen Verzicht zu Gunsten eines entfernteren Creditors handelt, welcher dem dazwischenstehenden Secundus nicht zum Vortheil gereichen soll. In der Regel ist hier nicht die Meinung, daß Primus nur für den Fall, daß er dereinst mit Tertius allein concurrirt, diesem gegenüber keinen Gebrauch von seinem Vorrecht machen soll; ein solcher Vertrag wäre denkbar, jedoch für den Tertius von geringem Werth [1]). Die Absicht geht vielmehr meist dahin, dem Spätern, zu dessen Gunsten verzichtet wird, die Ausübung des Vorzugsrechts zu verschaffen, welches dem Verzichtenden bisher zukam. Die Uebertragung des Vorzugsrechts für sich allein ist aber kein zulässiger Rechtsact [2]). Denn der Rang eines Pfandrechts ist kein eignes, selbstständiges Recht, kein Gegenstand des Commercium, sondern eben nur eine Eigenschaft, eine Qualität des Pfandrechts, die eine besondere Veräußerungsfähigkeit nicht besitzt. Die Zulassung einer getrennten Entäußerung des Rangs ist nicht nur theoretisch unhaltbar, sie würde auch praktisch zu monströsen Resultaten führen. Wenn etwa die Forderung des Primus noch durch anderweite Privilegien, durch Bürgen versichert wäre und er hätte die Macht, die Pfandpriorität auf Andere zu übertragen, dann besäße er die Befugniß, ganz der ursprünglichen Absicht der Contrahenten zuwider, zweien, ja mehreren Obligationen durch die Mittel Sicherung zu verschaffen, die eben nur zur Deckung des einen Anspruchs bestimmt waren. Direct kann demnach die Uebertragung der Priorität auf nachstehende Creditoren nicht zur Ausführung kommen, die Absicht der Partheien muß vielmehr auf andern Wegen erreicht werden. In der Regel wird sie sich nur realisiren lassen durch Annahme einer wechselseitigen Cession der An-

1) Nähme man an, daß Primus nun dem Tertius schlechthin nachstehen soll nicht aber dem Secundus, so entstünde ein circulus, der hier unlöslich wäre. Eine solche Convention enthielte einen innern Widerspruch und wäre nicht ausführbar. — Einen circulus nimmt an Bartolus in l. Claudius. Negusantius p. VI. m. 3 n. 44.

2) vgl. Bd. I. S. 562.

Digitized by Google

sprüche des Verzichtenden und des Begünstigten. Und zwar geschieht die Cession in der Meinung, daß der cedirte Betrag den Vorrang vor den andern Raten derselben Forderung des Cedirenden erhalte. Primus hat z. B. eine erste Hypothek von 10,000, er verzichtet auf die Priorität zu Gunsten einer Forderung des Tertius für 1000. Hier geht die dem Tertius cedirte Rate von 1000 nach der Intention der Contrahenten den 9000 vor, welche dem Primus von seiner prioritätischen Forderung übrigbleiben. Verzichtet daher der Primus zu Gunsten mehrerer Creditoren successive, etwa zuerst zu Gunsten des Tertius, dann erst des Secundus, so geht Tertius vor, welchem zuerst der Verzicht geleistet ist. Es verhält sich hier ganz anders wie bei einer successiven Abfindung, die ohne den Willen des Primus erfolgte [3]).

Der Zweck einer solchen Cession ist die *Priorität* der Contrahenten, nicht den *Betrag* ihrer Forderungen an den gemeinsamen Schuldner zu ändern. Deßhalb ist die Cession an den Tertius davon abhängig, daß dieser dem Primus auch seinerseits seine Forderung und sein Pfandrecht bis zum entsprechenden Betrag abtritt. Da das Geschäft *nur* den Vortheil des Tertius bezweckt, so bleibt es bis zur Klagerhebung der Wahl des Tertius anheimgestellt, ob er die Cession geltend machen will. Hat er aber seine Forderung oder seinen Pfandanspruch durch eigne Schuld oder Zufall verloren, so wird er auch der Befugniß zur Geltendmachung des Anspruchs des Primus verlustig. Werden dem Tertius auch die Ansprüche des Primus gegen die Bürgen und gegen andere Pfänder stillschweigend übertragen und vice versa dem Primus? Wir werden entscheiden: insoweit Primus ein *Interesse* hat, jene Accessorien nicht zu übertragen, ist die Absicht einer Cession derselben nicht anzunehmen. Bleibt also dem Primus — weil seine Forderung die des Tertius übersteigt — ein Rest der ursprünglichen Forderung, so kann er allein die hiefür gestellten Bürgen und andere Pfänder angreifen. Hat dagegen Primus gar kein Interesse mehr an der Nichtübertragung der Accessorien, handelt es sich daher nur darum, ob dieselben *völlig* befreit sind oder *mitcedirt* wurden, so werden wir sie als mitübertragen ansehen, da der Verzichtende offenbar mehr den den Verzicht Entgegennehmenden als jene Accessionen begünstigen wollte.

Der Verzichtnehmer kann, wie bei jeder andern Cession, dem ge-

3) vgl. unten § 63.

Digitized by Google

meinſamen Schuldner den zu ſeinen Gunſten erfolgten Verzicht denunciren und hierdurch die Zahlung an den Primus auf deſſen urſprüngliche Forderung hin hemmen. Unterließ er dies und nahm der Primus auf jene Forderung Zahlung an, ſo hat er den Tertius für den Ausfall zu entſchädigen, den dieſer dadurch erleidet, daß er nur noch ſeine Forderung geltend machen kann.

Die Unzuläſſigkeit eines directen Verzichts auf die Priorität kommt in den Quellen bei folgendem Verhältniß zu Tage. In der Zuſtimmung zu einem Verkauf der verpfändeten Sache durch den Pfandgläubiger ſahen die Römer einen Verzicht auf ſein Recht. Eine ähnliche Bedeutung mußte die Zuſtimmung zu einer Weiterverpfändung gewinnen. Doch konnte man an und für ſich vermeinen, es läge hierin höchſtens Aufgabe des Vorrangs zu Gunſten des neu conſtituirten Pfandrechts, da ja hierdurch ſchon das Intereſſe des Gläubigers, zu deſſen Gunſten Primus handelte, vollſtändig gewahrt wäre, Verzichte zudem nicht in ausdehnender Weiſe auszulegen ſind. Die römiſchen Juriſten hingegen ſehen in ſolchem Act Aufgabe des Pfandrechts ſchlechthin durch den Einwilligenden [4]). Dies ſpricht insbeſondere aus Paulus libro 5 responsorum l. 12 D. quibus modis pignus solvitur.

> Paulus respondit: Sempronium antiquiorem creditorem consentientem, quum debitor eandem rem tertio creditori obligaret, jus suum remisisse videri, non etiam tertium in locum ejus successisse et ideo medii creditoris meliorem caussam effectam. Idem observandum est, et si res publica tertio loco crediderit.

Eine Uebertragung des Rangs in dem Sinn, daß er nun von der Forderung des Primus auf die des Tertius übergehe, iſt nicht möglich. Die Abſicht einer Vertauſchung der Forderungen und damit der Pfandberechtigungen zu ſupponiren hielt ſich Paulus nicht für berechtigt. Die Intention, dem Tertius keinerlei Hinderniſſe in den Weg zu legen, war alſo nur zu realiſiren durch Unterſtellung der Remiſſion des Pfandrechts und hierfür ſpricht ſich in der That der Juriſt aus. Daher wird durch einen ſolchen Act die Lage des Secundus verbeſſert [5]).

4) vgl. Negusantius p. VI. m. 3 n. 13 u. 14. Thomasius (Paniſch) de remissione per consensum in oppignerat. Halae 1715. Zoller (Strantz) de consensu credit. in oppign. Lipsiae 1772. Vermehren Archiv f. c. Pr. Bd. 13 S. 36.

5) Wenn Paulus für nöthig findet, ausdrücklich hervorzuheben, daß dies auch dann gelte, wenn eine Stadtgemeinde an dritter Stelle ein Pfandrecht empfing, ſo

Digitized by Google

Indeſſen läßt ſich annehmen, daß gleichzeitig in der Regel die Abſicht unterläuft, dem Remittirenden anſtatt des alten Pfandrechts ein neues zu conſtituiren. Dies deutet Marcian an l. 12 § 4 D. qui potiores 20, 4.

> Si tecum de hypotheca paciscatur debitor, deinde idem cum alio tua voluntate, secundus potior erit: pecunia autem soluta secundo, an rursus teneatur tibi, recte quaeritur. Erit autem facti quaestio agitanda, quid inter eos actum sit, utrum ut discedatur hypotheca in totum, quum prior concessit alii obligari hypothecam, an ut ordo servetur et prior creditor secundo loco constituatur.

Auch Marcian ſtatuirt nicht die Möglichkeit eines bloßen Verzichts auf den Rang, trotzdem, daß es ſich in dem vorgetragenen Fall nur um die Verhältniſſe eines Primus und eines Secundus handelt. Nur das iſt die Frage, die er ſich ſtellt, ob dem Remittirenden mit dem Verzicht auf ſeine Hypothek gleichzeitig eine neue beſtellt werde (an rursus teneatur tibi). Dieſes wird je nach Lage der Umſtände als möglich erachtet, es wird, wie wir zufügen dürfen, in der Regel anzunehmen ſein [6]).

In innerm Zuſammenhang mit dieſen Entſcheidungen ſteht die lex Anastasiana der l. 21 C. ad Senatusc. Vellej. 4, 29 [7]). Anaſtaſius verordnet, daß es den Frauen geſtattet ſei ihren Hypothekrechten für einzelne Contracte und in Bezug auf einzelne Perſonen zu entſagen; daß ſelbſt eine generelle Entſagung immer nur auf den ſpeciellen Fall, für den ſie ertheilt wurde, eingeſchränkt werde; ne aliis quibusdam contractibus, quibus minime mulieres consenserunt vel consenserint, praetendentibus eam, opponendi licentia praebeatur. Es ſcheint alſo, daß ſich die in der Mitte ſtehenden Gläubiger, geſtützt auf das Reſponſum von Paulus, darauf beriefen, daß die Renunciation der Frau

---

hat dies wohl darin ſeinen Grund, weil hie und da die Anſicht auftauchte, Stadtgemeinden könnten für ihre Pfandrechte ein Privilegium anſprechen. Wäre dies richtig geweſen, ſo wäre freilich die Mitwirkung des Primus bei Conſtituirung dieſes Rechts ohne juriſtiſche Relevanz für die Stadtgemeinde, alſo auch ohne Bedeutung für den Secundus.

6) Ein unbedingter Verzicht auf das Pfandrecht ſelbſt liegt dagegen vor in l. 9 § 1 D. q. m. p. s. 20, 6, wo Primus erklärte: nulli alii rem obligatam esse.

7) Bd. I. S. 393.

Digitized by Google

zu Gunsten einer Nachhypothek einen Verzicht auf das Pfandrecht, schlechthin, nicht bloß zu Gunsten des zunächst Contrahirenden involvire. Wenn nun, wie Anastasius will, die Wirkung sich stets auf den einzelnen Contract beschränken soll, so ist dies, wie gezeigt, nur thunlich durch Annahme einer wechselseitigen Cession der entsprechenden Forderungsbeträge.

Zweites Kapitel.

Rechtsstellung des Nachhypothekars.

§ 159. Historische Entwicklung der Rechte des zweiten Pfandgläubigers.

Die verschiedenen Befugnisse des zweiten Pfandgläubigers sind nicht aus einem einzigen einheitlichen Grundgedanken hervorgegangen; sie enthalten vielmehr ein Aggregat von Rechten, die sich erst nach und nach zu einander gesellten. Es erschien hierbei als maßgebend den zweiten Pfandgläubiger mit möglichst vielen Rechten auszustatten, so jedoch, daß hinwiederum in die Competenz des Vorgängers in keiner Weise eingegriffen werde. Welches war jedoch der historische Ausgangspunkt, um den sich die übrigen Rechte kristallisirten? Ein Blick auf die fiducia, welche in alter Zeit eine so dominirende Stelle in der Pfandrechtsdoctrin einnahm, wird uns einen Fingerzeig geben können.

Man hat behauptet, bei der fiducia sei die Möglichkeit einer zweiten Verpfändung nicht vorhanden gewesen, es sei auch darum die Ausbildung der Hypothek, welche mehrmalige Verpfändung zuließ, ein so bedeutender Fortschritt gewesen [1]). Allerdings ist richtig bei der fiducia verliert der Verpfänder das Eigenthum der Pfandsache; sie selbst kann er nicht verpfänden. Aber es konnte doch der Verpfänder, wenn die zur fiducia gegebne Sache den Werth der versicherten Forderung überstieg, die actio fiduciae verpfänden, durch welche er vom Gläubigereigenthümer Herausgabe des Ueberschusses erlangen konnte, welcher nach dem Verkauf sich ergab. Hieran konnte sich seit der Entwicklung des prätorischen Pfandrechts Ertheilung einer Hypothek für den Fall künftigen Remancipation der Sache an den Verpfänder schließen. Die An-

1) Puchta Institt. Bd. 2 § 249.

Digitized by Google

nahme liegt sehr nahe, daß die zweite Verpfändung einer bereits verhypothecirten Sache zunächst einen parallelen Gang eingeschlagen hat, und daß man erst nach und nach zu weiteren Bildungen vorgeschritten sei. Daher können wir uns folgende Entwicklungsstadien denken

1. Zuvörderst pflegte man dem Secundus die hyperocha zu verpfänden oder juristisch genau gesprochen die actio pigneratitia, mit welcher man das Mehr des vom Primus erlösten Kaufpreises einfordern konnte. Auf diesen Ausgangspunkt weist hin, daß die römischen Juristen nicht selten die zweite Hypothek gradezu als Verpfändung des superfluum oder der hyperocha darstellen. Paulus spricht von einer zweiten Hypothek, die sich ein Capitalist für ein Seedarlehn an gewissen Waaren ausbedung, die mit dem Gelde Andrer angeschafft waren, in folgender Weise [2]), aliarum mercium aliis navibus impositarum propriisque foeneratoribus obligatarum, si quid superfuisset pignori accepit. Aehnlich äußert Tryphonin: quum hyperocham ejus rei, quae pignori data esset, debitor obligasset [3]). Auch Papinian bezeichnet eine zweite Verpfändung mit den Worten: superfluum pignori obligari placuit [4]).

2. An jene erste Convention, wonach dem zweiten Gläubiger die hyperocha zufallen soll, schloß sich als natürliche Ergänzung eine Verpfändung der Sache für den Fall, daß das Pfandrecht des Primus wegfallen werde, daß dieser also nicht zum Verkauf schreitet und eine hyperocha nicht zur Erscheinung kommt. Die Weiterverpfändung [5]) der Sache selbst war also ursprünglich eine bedingte. In diesem Stadium stand die Entwicklung noch in der hadrianischen Zeit. Dies geht vor Allen hervor aus der l. 15 § 2 D. de pignoribus 20, 1 von Gajus libro singulari ad formulam hypothecariam:

> Qui res suas jam obligaverint et alii secundo obligant creditori, ut effugiant periculum, quod solent pati, qui saepius easdem res obligant praedicere solent alii nulli

2) l. 6 D. de nautico foenore 22, 1.

3) l. 20 D. de pignor. 20, 1.

4) l. 96 § 3 D. de solut. 46, 3.

5) Gesterding Pfandr. S. 245 betrachtet die zweite Verpfändung auch im jüngsten Rechte nur als eine bedingte. Unsre Auffassung hat Müller Archiv Bd. 11 S. 389. Löhr Archiv Bd. 14 S. 168, dagegen Sintenis Pfandr. S. 650. Bachofen Pfandr. S. 485 ff. Bangerow § 388 Anm.

Digitized by Google

rem obligatam esse quam forte Lucio Titio ut in id, quod excedit priorem obligationem res sit obligata[6]) aut in solidum, cum a primo debito liberata res fuerit.

De quo videndum est, utrum hoc ita se habeat, si et conveniat, an et si simpliciter convenerit, de eo quod excedit, ut sit hypothecae? Et solida res inesse conventioni videtur, quum a primo creditore fuerit liberata. An adhuc pars? Sed illud magis est, quod prius diximus.

Man hat hie und da behauptet, die hier von Gajus mitgetheilte Formel bilde nur die Einleitung des Verpfändungsvertrags (das praedicere), wodurch sich der Verpfänder gegen den Vorwurf betrügerischen Verschweigens der ersten Hypothek zu sichern suche. Es habe sich dann erst die Haupterklärung über die Constituirung der zweiten Hypothek angeschlossen. Allein offenbar theilt Gajus nach der Einleitung „alii nulli obligata est, quam forte Lucio Titio" die volle Formel der zweiten Verpfändung mit. Andernfalls könnte er nicht fragen, wie es sich verhalte, wenn ein Stück des von ihm angegebenen Formulars weggelassen sei. Es hätte ja sonst Alles seine Ergänzung in dem nicht mitgetheilten Hauptstück gefunden. Die erste Clausel nun, die Gajus hervorhebt, giebt dem Nachhypothekar den Anspruch auf den Mehrerlös, welchen der Vorgänger aus dem Pfandrecht erzielen wird. Erst in der zweiten wird die Verpfändung der ganzen Sache zugefügt, allein unter der Bedingung, daß der Vorhypothekar abgefunden sei. Charakteristisch ist, daß Gajus den Fall als möglich stellt, daß die zweite Clausel fehle. Soll dann dem Nachhypothekar nach der ersten Clausel der ideelle Theil der Sache verpfändet sein, welcher dem Ueberschuß des Werths der Sache über den Werth der Forderung des ersten Gläubigers entspricht? — Aus dem Worte der Formel wäre dies zunächst zu folgern, die Intention der Partheien führt aber darauf, auch in solchem Fall die Verpfändung der ganzen Sache für den Fall der Tilgung der Vorhypothek anzunehmen und die zweite Clausel demnach zu suppliren.

---

6) So Haloander. Die Florent. fügt nach res sit obligata hinzu ut sit pignori hypothecaeve id quod pluris est. Es ist dies als ein in den Text aufgenommenes Glossem zu erachten. Will man dies nicht zugeben, so ist mit Huschke zu lesen vel ut sit pignori (in Linde's Zeitschrift n. F. Bd. 4 S. 400). Die weiteren Aenderungen von Huschke hinsichtlich der Interpunction scheinen uns nicht gerechtfertigt. Der Sinn selbst ist übrigens bei jeder Lesart der gleiche.

Digitized by Google

Wie Gajus ſo betrachtete auch Africanus die zweite Verpfändung einer Sache ſtets als eine bedingte, die von vorgängiger Tilgung der Vorhypothek abhängig iſt. Es geht dies deutlich hervor aus der l. 9 § 3 D. qui pot. 20, 4, deren genauere Erklärung wir früher verſucht haben [7]).

3. Hatte Jemand eine zweite Hypothek an ſeiner Sache bewilligt, ohne ſich der gewöhnlichen Formel zu bedienen, ſo legte man dies urſprünglich ohne Zweifel ſo aus, als habe er dem zweiten Hypothekar die herkömmlichen Rechte auf die hyperocha und auf die Pfandſache ſelbſt für den Fall der Abfindung des Vorhypothekars eingeräumt. Erſt in der ſpätern claſſiſchen Zeit erkannte man an, daß es wohl möglich ſei, mehrere Hypotheken gleichzeitig auf dieſelbe Sache zu legen. Man geſtand jetzt Jedem der Hypothekarien ein präſentes Recht zu, ſo daß jedoch der ſpätere vorerſt nur eine ſchwächere Befugniß hatte. Jetzt alſo ſtand günſtiger, wer ſich einfach eine zweite Hypothek beſtellen ließ, als wer an der alten Formel feſthielt. Dies deutet Marcian an in der l. 12 § 7 D. qui pot. 20, 4: Si simpliciter convenisset secundus creditor de hypotheca, ab omni possessore eam auferre poterit praeter priorem creditorem et qui ab eo emit [8]).

Wer ſich der alten Formel bedient, hat auch nur die alten Rechte. Die einzige praktiſche Conſequenz der Neuerung lag indeſſen in der Verleihung der actio hypothecaria an den Nachhypothekar vor der Abfindung des Vorgängers. Das Verkaufsrecht hat man dem Nachhypothekar, ſo lange die Vorhypothek beſtand, nicht zugetheilt. Daſſelbe blieb vor wie nach ein Reſervatrecht der erſten Hypothek.

§ 160. Rechte des Nachhypothekars.

Betrachten wir im Einzelnen die Befugniſſe des nachſtehenden Pfandgläubigers, wie ſie ſich zu Ende der claſſiſchen Periode ausgebildet haben. Es wird ſich hierbei ergeben, daß die Vollgewalt des Pfandrechts dem erſten der Pfandgläubiger reſervirt blieb, daß die Stellung der Nachhypothekarien noch im letzten Stadium der Entwicklung im Vergleich zu den Rechten des Erſten nur eine untergeordnete war.

Denn vor Allem entbehrt der nachſtehende Pfandgläubiger des Ver-

7) Bd. I. S. 263 flgende.

8) Auch ſonſt gedenkt Marcian noch der alten Formel l. 12 cit. § 8.

Digitized by Google

kaufsrechts, ehe er den Vorgänger abgefunden hat und an deſſen Stelle gerückt iſt. Dies geht insbeſondere aus folgenden Entſcheidungen hervor [1]). In der l. 1 D. de distr. pign. 20, 5 behandelt Papinian den Fall, daß ein Gläubiger, dem zuerſt Specialpfänder geſtellt waren, nachdem inzwiſchen einem andern Gläubiger eine Generalhypothek bewilligt war, gleichfalls eine Generalhypothek erwarb und vor Abfindung dieſes andern Gläubigers in die Generalhypothek fallende Vermögensſtücke verkaufte. Der Juriſt findet, daß der Verkäufer „nullo jure caetera bona titulo pignoris vendidit“. Ebenſo ſpricht ſich Diocletian aus in der l. 8 C. qui potiores 8, 18:

> Nec alias secundum creditorem distrahendi potestatem hujus pignoris consequi, nisi priori creditori debita soluta fuerit quantitas.

Dieſe Entſcheidungen fordern beide, daß der vorſtehende Pfandgläubiger vorher abgefunden ſei, ehe der Secundus zum Verkauf ſchreitet. Es iſt alſo nicht genügend, um den Verkauf zum gültigen zu machen, daß Primus aus dem Kaufpreis nachträglich abgezahlt werde. Hierauf deutet auch wohl die Aeußerung Marcians in l. 12 § 9 D. qui pot. 20, 4 et omnino secundus creditor nihil aliud juris habet, nisi ut solvat priori et loco ejus succedat.

Andere Beſtimmungen, die im Widerſpruch mit dieſem Reſultat zu ſtehen ſcheinen, beſtätigen daſſelbe in Grunde mehr als daß ſie es widerlegen. Zwar erklärt Ulpian, daß der Executor auch eine verpfändete Sache als pignus in causa judicati capiren und dieſelbe verkaufen könne, wenn ſich ein Käufer fände, der den Pfandgläubiger vollſtändig abzahle und den Ueberſchuß des Kaufpreiſes dem Executor einhändige. Deßgleichen wird in Bezug auf das Recht der Fiscalbeamten zum Pfandverkauf von Marcian libro sing. de delatoribus l. 22 § 1 D. de jure fisci 49, 14 ausgeführt:

> Res autem nexas pignori distrahere procuratores possunt. Sed si ante alii res obligatae sunt jure pignoris, non debet procurator jus creditorum laedere. Sed si quidem superfluum est in re, permittitur procuratori vendere ea lege, ut inprimis creditoribus praecedentibus satisfiat: et si quid superfluum est, fisco inferatur aut si acceperit

1) cfr. auch l. 12 § 10 D. qui pot. 20. 4

Digitized by Google

totum fiscus, solvat ipse; vel simpliciter, si vendidit procurator, jubebit pecuniam, quam deberi creditori privato fuerit probatum, exsolvi ei et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt.

Aus dem ganzen Ton dieser Stellen geht aber hervor, daß es sich hier um besondre Bestimmungen handelt, die für den Verkauf durch den Executor und durch die Fiscalbeamten getroffen sind. Hätte der einfache Nachhypothekar gleiche Rechte gehabt, so hätte es der besondern Vorkehrung für unsre Fälle nicht bedurft.

Bei diesem Stand der Quellen können allgemeine Gründe, die man für die Verkaufsbefugniß des zweiten Pfandgläubigers anzuführen pflegt, nicht ins Gewicht fallen [2]). Zwar ist es richtig, daß das Recht zum Verkauf zum Wesen des Pfandrechts gehört, aber es fehlt auch dem nachstehenden Gläubiger nicht ganz, es ist nur an die Bedingung vorgängiger Abfindung des Primus geknüpft. Der zweite Pfandgläubiger hat allerdings auch während der Existenz des vorgehenden Pfandrechts die actio hypothecaria gegenüber Jedem außer dem Vorgänger und dessen Successoren, er hat das Recht auf den Besitz der Pfandsache, daher ist man a priori zur Annahme geneigt, er könne auch verkaufen und den Käufer zum Eigenthümer machen, nur seien Primus und dessen Successoren befugt, die Sache dem Käufer bis zu ihrer Abfindung wieder wegzunehmen. Allein die Römer haben sich zu dieser Construction nicht entschlossen, vielmehr den Pfandverkauf als eine Befugniß aufgefaßt, die nur einem Gläubiger zuständig sein könne, wie ein Ususfruct an derselben Sache zu gleicher Zeit nur einem zustehen kann. Verkäufe, die einer Eviction unterworfen sind, zu begünstigen und ohne Noth zu legalisiren, schien nicht praktisch und entsprechend. Hätte der zweite Pfandgläubiger pfandrechtlich verkaufen dürfen, so daß dem

2) Gegen das Verkaufsrecht des zweiten Pfandgläubigers Bartol. et Salicetus in l. 1 D. de distr. pign. Negus. p. VI. n. 1 n. 30. Merlinus de pign. IV 3. qu. 95. n. 87. Cujacius paratitla in Dig. ad tit. de distr. pign. Bachov de pign. lib. III cap. 29 § 2. Westphal Pfandr. § 191. Gesterding Pfandr. S. 310. Glück Pand. Bd. 19 S. 366. Für dasselbe in älterer Zeit Balduinus de pign. cap. 18 Mevius dec. p. IV. dec. 346 p. V. dec. 183. Erxleben de pign. § 172 a. In neuerer Zeit trat für das Verkaufsrecht des zweiten Hypothekars besonders auf Bepp Linde's Zeitschr. Bd. 3 S. 234 und Archiv f. c. Pr. Bd. 15 S. 350, desgleichen stimmt dasselbe Bachofen Pfandr. I. S. 485 ff. Bangerow § 388. Windscheid Pand. I.

Digitized by Google

erſten nur gegen den Käufer die Serviana blieb, ſo hätte Papinian nimmermehr erklären können: nullo jure vendidit. Wer wird dies z. B. vom Verpfänder ſagen, welcher allerdings vor der Tilgung der Pfandſchuld die Sache, der Eviction Seitens des Primus unterworfen, aber gültig, verkauft.

Da der Verkauf durch einen zweiten Creditor ungültig iſt, ſo kann nicht nur der Vorgänger evinciren. Es bleibt auch den weiter nachſtehenden Hypothekarien unbenommen, wie wenn nichts vorgefallen wäre, zu offeriren [3]) und dann vom Pfandkäufer zu vindiciren. Auch der Schuldner kann immer noch die Pfandſache einlöſen, ſein Eigenthum dauert fort [4]). Jener Pfandkäufer kann nur als Ceſſionar der Rechte des zweiten Pfandgläubigers betrachtet werden.

Dem Nachhypothekar fehlt nicht nur die Macht, ſelbſt zu verkaufen; er kann auch in keiner Weiſe auf den Zeitpunkt des Verkaufs durch den frühern Pfandgläubiger, auf die Art und Weiſe der Vornahme des Verkaufs [5]) einwirken. Der erſte Pfandgläubiger, welchem mehrere Objecte verhaftet ſind, von denen einige dem Nachhypothekar verpfändet ſind, andere nicht, iſt berechtigt, die erſteren zu ſeiner Befriedigung zu beſtimmen und ſo das Recht des Nachhypothekars zu vernichten, obgleich er ſich ebenſogut aus den dem letzteren nicht verpfändeten Objecten hätte befriedigen können. Haben an ſeinen Pfandobjecten verſchiedene Gläubiger Nachhypotheken, ſo kann er den einen begünſtigen, den andern benachtheiligen, je nachdem er das eine oder andre Object zum Verkauf beſtimmt, ohne daß dem benachtheiligten Hypothekar ein Recht zum Einſpruch oder zur Klage zuſteht [6]). Der erſte Pfandgläubiger exercirt ſein Recht, er iſt dem zweiten über die Gründe, die ihn leiteten, keine Rechenſchaft ſchuldig; der Satz malitiis indulgendum non est, kann alſo hier

---

S. 636 Anm. 5. Dagegen ſind Löhr Archiv f. c. Pr. Bd. 14 S. 170 folgende, Sintenis Pfandr. S. 653, Fritz Erl. I. S. 531.

3) arg. l. 3 § 1 D. de distr. pign. 20, 5.

4) l. 2 C. si antiquior 8, 20. Obligata pignoris jure creditore recte distrahente post debitor emptori pretium offerens evincere non potest.

5) oben § 101 not. 5.

6) Stellen wie l. 3 pr. D. de operibus publicis 50, 10 finden hier keine Anwendung, da ſie über ſpecielle Verhältniſſe ſpecielle Vorſchriften geben. Daß der Vorhypothekar die Intereſſen der Nachhypothekarien nicht beſchädigen dürfe, behauptet Guyet Archiv f. c. Pr. Bd. 18 S. 370 u. ff. cfr. Bangerow § 389 Anm. 2. Dagegen erklärte ſich Sintenis Pfandr. S. 471, Fontenay Archiv Bd. 37 S. 163, Simon Archiv Bd. 40 S. 354, Dürrſchmidt Verbandhypotheken S. 79.

Digitized by Google

keine Anwendung finden. Wollte man anders entscheiden, so würden leicht die größten Belästigungen für den Primus erwachsen. So oft er eine Sache zum Verkauf brächte, könnte ein Secundus auftreten, mit dem er sich erst über dessen Pfandrecht, über Sufficienz der andern Pfänder herumzustreiten hätte.

Nur im heutigen Concurs, wo der Richter die Liquidation des gesammten Vermögens des Schuldners in die Hand nimmt und für die Befriedigung der Hypothekarien wie der Chirographarien sorgt, hört das Wahlrecht des ersten Creditors auf und er muß sich damit begnügen, daß er aus seinen Pfändern Befriedigung erhält [7]). Hier ist es Sache des Richters, zu bestimmen, aus welchem der Pfandobjecte die Abzahlung geschieht. Diese Bestimmung ist aber nicht nach Willkür vorzunehmen, vielmehr ist die Repartition nach dem Princip zu machen, daß bestehende Rechte möglichst erhalten werden; zu conservirende Rechte aber an den einzelnen Vermögensstücken haben nur die Hypothekarien, nicht die Chirographarien. Demnach kann der Nachhypothekar fordern, daß der erste Hypothekar, welchem noch andere verpfändete Vermögensobjecte zu Gebote stehen, zunächst aus diesen befriedigt werde [8]). Hätte also Primus eine Hypothek von 2000 auf dem Grundstück X und Y, von denen jedes 2000 werth wäre und lastete nur auf dem Grundstück X noch eine Nachhypothek von 2000, so wäre Primus ausschließlich auf den Ertrag von Y zu lociren, Secundus käme folglich zu voller Befriedigung. Hafteten dagegen auf dem Grundstück Y gleichfalls Nachhypotheken, so entstünde eine Collision der Ansprüche. Auch sie wäre von dem Princip aus zu lösen, daß jede der Nachhypotheken Anspruch darauf hat, möglichst erhalten zu werden. Dies geschieht am natürlichsten dadurch, daß der Vorgänger aus den verschiedenen Pfandmaßen je nach Verhältniß des zu seiner Disposition stehenden Quantums befriedigt wird, indem ein Modus, bei dem jede Partikel der Summen, aus denen die Abzahlung zu erfolgen hat, gleichmäßig herangezogen wird,

---

7) Literatur. Außer Sintenis Pfandr. S. 472 ff. Bangerow Pand. § 389 Anm. 2 not. 152. Seuffert Pand. 4. Aufl. § 203. Sintenis Pfandr. S. 474 not. 2. Windscheid Pand. § 241 Anm. 1. Seuff. Archiv Bd. VIII, 107, die Abhandlung von Guyet im Arch. f. c. Pr. Bd. 18 S. 365 ff. Arnold prakt. Erört. n. 9. Fontenay Arch. f. c. Pr. Bd. 37 S. 163. Simon Archiv Bd. 41 S. 32 S. 345. Brackenhoeft ebendas. Bd. 43. S. 229 ff. Vgl. auch H. Dittrschmidt zur Lehre von den Verbandhypotheken Augsburg 1856.

8) Anders Windscheid l. c.

Digitized by Google

allen begründeten Ansprüchen der Nachhypothekarien gerecht wird. Denken wir, das Grundstück X habe einen Werth von 8000, das Grundstück Y von 4000, B habe für dieselbe Forderung eine zweite Hypothek auf X, eine erste auf Y, C und E folgten nach, etwa in folgender Weise:

X = 8000	Y = 4000
A = 5000	B = 3000
B = 3000	E = 3000
C = 3000	

Hier würde B von den aus X für ihn verbleibenden 3000 und ebenso aus den aus Y erlösten 4000 je $^3/_7$ entnehmen. Der Rest fiele auf C und E. Hätte dagegen E nur eine Hypothek von 1000, so würde immer demselben Princip gemäß B aus Y 3000 entnehmen und dem C würden aus X 1000 zukommen.

Die positiven Befugnisse des Nachhypothekars sind nun aber folgende:

1. Der Nachhypothekar hat im Fall des Verkaufs der Pfandsache durch den Primus Anspruch auf den Ueberschuß des Erlöses über die prioritätisch versicherte Forderung des Verkäufers. Andre, bloß chirographarische oder mit letztlich bewilligtem Pfandrechte versehene Forderungen des Verkäufers an die Pfandschuldner mußten — dies stellte freilich erst die spätere classische Jurisprudenz fest — nachstehen. Unter Andern [9]) spricht das aus Papinian nach einem Berichte Marcians 12 § 5 D. qui pot. 20, 4 . . .

> si secundus non offerat pecuniam, posse priorem vendere, ut primam tantum pecuniam expensam ferat, non etiam, quam postea credidit et quod superfluum ex anteriore credito accepit, hoc secundo restituat.

Ein solches Recht ist so natürlich und billig, daß wir fast vergessen, zu fragen, mit welcher Klage es durchgeführt wird. Dennoch ist die Frage keine bloß theoretische, sondern von inhaltschwerer Bedeutung für die Beurtheilung des Verhältnisses. Die Glosse spricht von einer actio in factum [10]), andre denken an eine condictio ex lege, womit nur der Rathlosigkeit und dem Unvermögen, diesen Anspruch innerlich zu begründen, Ausdruck gegeben wird. Cujacius vertheidigte eine actio

9) vgl. auch l. 20 D. eod. l. 12 cit. § 3.
10) gl. x. ad h. l.

Digitized by Google

hypothecaria utilis und dieſe Annahme hat Beifall gefunden [11]). Die hyperocha würde alſo in Folge einer Rechtsfiction an die Stelle der urſprünglichen Pfandſache treten. Allein gewiß hat der zweite Pfandgläubiger nicht gerade einen Anſpruch auf die vom Pfandkäufer gezahlten Geldſtücke, ſondern nur ein Recht auf Leiſtung der Summe des Ueberſchuſſes. Wie kann dies nun mit einer dinglichen Klage geltend gemacht werden?

Uebereinſtimmung mit den juriſtiſchen Principien und Conſequenz iſt nur vorhanden, wenn wir annehmen, der zweite Pfandgläubiger fordre den Ueberſchuß des Pfanderlöſes vom erſten Pfandgläubiger mit der actio pigneratitia in personam directa, welche dem Verpfänder auf die hyperocha zuſtand. Es iſt zu ſupponiren, daß der Verpfänder dieſen ſeinen eventuellen Anſpruch bei der Conſtituirung der Nachhypothek mit verpfändete. Hierauf weiſt, wie wir ſahen, die hiſtoriſche Entwicklung der Nachhypothek, welche gerade von der Verpfändung der hyperocha ausging. So ordnet ſich auch aufs leichteſte das Verhältniß des Nachhypothekars zum verkaufenden Primus. Wurde dieſem von der zweiten Verpfändung Nachricht gegeben, ſo liegt hierin auch Anzeige der Ceſſion der eventuellen Anſprüche des Verpfänders auf die hyperocha und der Primus kann jetzt nur dem Secundus zahlen. Wäre ihm eine ſolche Anzeige nicht gemacht worden, ſo könnte der Primus dem Verpfänder ohne Gefährde die hyperocha, die er ihm ſchuldet, auszahlen und hätte die nachträglichen Forderungen etwaiger Nachhypothekarien nicht zu fürchten. Exiſtirten mehrere Nachhypothekarien, die ſich unter einander die Priorität ſtreitig machten, ſo müßten ſie eine Art von Prioritätsſtreit führen, ähnlich wie mehrere Ceſſionare, welche einander widerſprechende Anſprüche auf Auszahlung der Schuldſumme erhoben haben. Denken wir, es wurden 2000 als hyperocha erlöſt und vom Primus eingenommen, Secundus und Tertius hatten beide 1000 zu fordern, Primus geriethe in Concurs. Hier wird ſich Secundus wie Tertius mit Procenten der hyperocha begnügen müſſen, da beiden Gläubigern nur chirographariſche Anſprüche auf die Herausgabe des Ueberſchuſſes pfandweiſe überwieſen ſind. Wäre dagegen der Pfandkäufer in Concurs gekommen und hätte in Folge deſſen Primus ſtatt 2000 nur eine hyperocha von 1000 beitreiben können, ſo würde dieſe dem Secundus ausſchließlich zufallen.

11) Cujacius ad fr. 3 pr. D. qui pot. Bachofen Pfandr. S. 492.

Digitized by Google

Da der Nachhypothekar hinſichtlich der hyperocha die Rechte des Verpfänders exercirt, ſo kann er auch alle andern Befugniſſe ausüben, die dem Verpfänder hinſichtlich derſelben zuſtehen. Vor Allem kann er, wie wir dies früher zeigten [12]), Rechnungslegung fordern. Er kann die actio pigneratitia erheben, wenn durch ſchuldhafte oder doloſe Handlungen des verkaufenden Primus keine oder nur eine geringe hyperocha erlöſt wurde. Gegen den Käufer, der an dem Betrug Theil nahm, hat er unter denſelben Vorausſetzungen, wie der Verpfänder, die actio doli, da er durch dieſen Betrug benachtheiligt iſt.

2) der nachſtehende Pfandgläubiger hat bereits vor Abfindung des erſten die actio hypothecaria, vermöge deren er die Pfandſache einfordert. Es ſteht ihm, wenn wir der Sache ihren materiellen Ausdruck geben wollen, ſchon jetzt ein Anſpruch auf den Beſitz der Pfandſache zu. Doch iſt, gemäß den allgemeinen Principien gefordert, daß dem nachſtehenden Pfandgläubiger ein Fauſtpfand bewilligt wurde oder daß die verſicherte Forderung bereits fällig war oder daß die Integrität des Pfandes etwa in Folge von Malverſationen des Beſitzers bedroht ſei. Dem erſten Pfandgläubiger jedoch muß der zweite weichen [13]). Nur wird freilich temporär der zweite ſich auch gegenüber dem erſten im Beſitz behaupten können, wenn dem zweiten ein Fauſtpfand eingehändigt iſt, dem erſten aber nur eine Hypothek für eine noch nicht fällige Forderung zuſteht.

3. Ein weiteres Recht des Nachhypothekars iſt, daß ſich ſein Recht verbeſſert, wenn der Vorhypothekar wegfällt, ſei es durch Zahlung, Conſuſion oder andere Ereigniſſe. Der Nachhypothekar kann aber die Beſeitigung des Vorgängers auch dadurch bewirken, daß er denſelben abfindet und an deſſen Stelle rückt. Von dieſer Befugniß wollen wir im folgenden Kapitel in der Lehre von der hypothekariſchen Succeſſion ausführlicher handeln.

---

12) oben § 101 not. 19.

13) l. 12 pr. D. qui pot. 20, 4. Creditor, qui prior hypothecam accepit: sive possideat eam et alius vindicet hypothecaria actione exceptio priori utilis est: si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata, sive alio possidente prior creditor vindicet hypothecaria actione et ille excipiat: si non convenit, ut sibi res sit obligata, hic in modum supra relatum replicabit. Sed si cum alio possessore creditor secundus agat, recte aget et adjudicari ei poterit hypotheca, ut tamen prior cum eo agendo auferat ei rem. cfr. l. 12 cit. § 7 § 10.

Digitized by Google

Drittes Kapitel.

Die hypothekariſche Succeſſion.

§ 161. Einleitung [1]).

Die Lehre, die wir hier behandeln, iſt von der römiſchen Jurisprudenz in ihren Details ausgebildet worden und liegt nach ihren praktiſchen Reſultaten in den Schriften der römiſchen Juriſten ziemlich entwickelt vor uns; aber keinem der alten Juriſten hat es gefallen uns über die Grundgedanken zu belehren, welche bei der Ausbildung derſelben leiteten und aus welcher auch wir die Theorie fortzubilden und die Lücken zu ergänzen haben. Dieſes Stillſchweigen iſt um ſo fühlbarer, als die Structur dieſer Lehre vielfach feſtbegründeten Rechtsprinzipien zu widerſprechen ſcheint, ſo daß es dem Forſcher oft ſcheinen will, als ſei vor ſeinen Blick ein künſtlich verſchränktes Räthſel gelegt, deſſen Schlüſſel verloren ging. Verſuchen wir, ob es uns gelinge, das Wort zu finden, durch welches ſich die Widerſprüche zur Einheit geſtalten und ſich die ſcheinbare Willkür als conſequente Entwicklung ordnet.

Die einzelnen Fälle, in denen die Römer von einem loco succedere, in locum succedere [2]), in locum substitui [3]), in pignus succedere, in jus succedere [4]), die Neuern von einer hypothekariſchen Succeſſion reden, ſind in ihren allgemeinſten Zügen folgende:

1. Vertrag eines Capitaliſten mit dem Schuldner über Abtragung einer Pfandſchuld unter der Beſtimmung, daß der Capitaliſt für die dadurch entſtehende Forderung an der früher dem Abgefundnen verpfändeten Sache ein Pfandrecht erhalte [5]).

2. Novation einer pfandrechtlich verſicherten Forderung und Beſtellung eines Pfandrechts an der früher für die novirte Forderung verpfändeten Sache [6]).

---

1) Die § 161—164 ſind abgedruckt im Archiv f. d. c. Praxis Bd. 41 S. 1 folgende.

2) l. 12 § 9 D. qui pot. 20, 4. l. 5 pr. D. de distr. pign. 20, 5. l. 1 l. 2 Cod. de his qui in priorum locum succedunt 8, 19.

3) l. 16 D. qui pot. 20, 4.

4) l. 12 § 9 D. qui pot. 20, 4. l. 3 D. quae res pig. 20, 3 l. 3 u. 4. Cod. de his, qui in prior. 8, 19.

5) l. 3 D. quae res pig. 20, 3. l. 1 Cod. de his, qui in prior. 8, 19.

6) l. 3 pr. D. qui pot. 20, 4. l. 12 § 5 D. eod.

Digitized by Google

3. Kauf der Pfandſache unter der näheren Verabredung, daß mit dem Kaufpreis auf der gekauften Sache laſtende Pfandrechte abgezahlt werden [7]).

4. Die Abfindung des vorgehenden Pfandgläubigers durch einen Nachhypothekar (jus offerendi et succedendi [8]).

Die aufgezählten Fälle ſind in ihrer äußeren Erſcheinung ſehr verſchieden von einander; einen Charakterzug jedoch haben ſie ſämmtlich gemeinſam: der Nachfolger ſuccedirt in die Rechte eines früheren Pfandgläubigers, ohne daß deſſen Einwilligung nothwendig iſt [9]). Gehen wir dazu über, dieſe auffallende Eigenthümlichkeit zu prüfen und den Charakter der hypothekariſchen Succeſſion näher zu beſtimmen. Es drängt ſich uns dabei vor allem eine allgemeine Bemerkung über die Succeſſion in Rechte überhaupt auf, deren Nichtbeachtung vielfach zu Irrthümern geführt hat.

In die Stellung eines Andern kann man in ganz verſchiedener Weiſe einrücken, ſo daß wir nach dieſer Verſchiedenheit eine derivative und eine originäre Succeſſion unterſcheiden können. Die gewöhnlichſte Art der Succeſſion iſt allerdings, daß ein fremdes Recht von dem frühern Inhaber abgelöſt und auf den Succeſſor übertragen wird, ſei es nun in Folge einer Vererbung oder eines Abtretungsvertrags oder auch unmittelbar in Folge des Geſetzes; es iſt aber nicht richtig ſtets nur an ſolche Fälle zu denken, wenn von einer Succeſſion die Rede iſt. Häufig kommt es vor, daß ein Recht in der Perſon des Nachrückenden von Anfang an und urſprünglich begründet iſt, aber in Folge ſeiner innern Natur, nach dem Wegfall eines ältern Rechts, eine dieſem ganz gleichartige Stellung einnimmt; in dieſem Fall, in dem wir von originärer Succeſſion reden können, beſetzt der Nachfolger gewiſſermaßen den verlaſſenen Platz des Wegfallenden. Es wird nicht überflüſſig ſein, ſofort einige Beiſpiele der originären Succeſſion aufzuführen. — Der Capitaliſt, welcher dem Schuldner Geld zur Abfindung privilegirter Forderungen vorſchießt, erhält für die perſönliche Forderung an den Schuldner, die dadurch entſteht, das Privilegium exigendi, welches bis-

---

7) l. 17 D. qui pot. 20, 4. l. 3 C. de his, qui in prior. 8, 19.

8) l. 12 § 6 D. qui pot. 20, 4 u. a. a. O.

9) Deßhalb gehört das Recht des vom Pfandgläubiger beklagten bonae fidei possessor die Pfandſache bis zur Ceſſion der Rechte des Gläubigers zurückzuhalten, durchaus nicht hierher. Vgl. Bachofen S. 500 ff. S. 659 ff.

Digitized by Google

her die getilgte Forderung schützte. Es ist dabei völlig gleichgültig, ob er die Zahlung durch den Schuldner vornehmen ließ oder selbst den privilegirten Gläubiger auszahlte. Obgleich dies Privilegium offenbar nicht von der untergegangenen alten Forderung übriggeblieben und übertragen ist, sondern der neuen Forderung ihrer Natur nach von selbst zusteht, so sprechen doch die Römer von einem in locum succedere [10]). Eine gleichartige Succession finden wir in Bezug auf die actio Pauliana. Diese Klage ist bekanntlich zunächst zu Gunsten des Creditors eingeführt, welchen der Schuldner durch eine Veräußerung zu benachtheiligen suchte; sie wird aber auch dem Gläubiger gegeben, welchen der Schuldner direct nicht benachtheiligen wollte, der aber aus seinen Mitteln einen älteren Creditor abfand, welchen der Schuldner zu betrügen dachte [11]). Ein anderes Beispiel giebt uns die actio exercitoria, die nicht nur dem Gläubiger zusteht, der zur Erhaltung eines Schiffes creditirt, sondern auch dem Gläubiger, durch dessen Darlehn Jemand abgefunden wird, der zu diesem Zweck creditirt hat [12]). Selbst bei Uebernahme von Verbindlichkeiten ist eine Succession dieser Art möglich; und die römischen Juristen sprechen namentlich in Bezug auf die Expromission, bei welcher ein neuer Schuldner für den alten eintritt, von einer successio in locum [13]), obgleich der Expromissor formell eine völlig neue Verbindlichkeit eingeht. Am häufigsten aber giebt das Erbrecht Beispiele solcher originären Successionen. Wenn Gajus in Bezug auf das Intestaterbrecht der Enkel sagt, aequum enim videbatur nepotes, neptesve in patris sui locum portionemque succedere, eine Aeußerung, die Ulpian fast wörtlich wiederholt [14]), so meint er damit nicht, daß der Enkel ein Erbrecht in das Vermögen des Großvaters von seinem vorverstorbenen Vater ableite, welches diesem letztern niemals zustand, sondern daß er ein Recht erhalte, wie es sein Vater gehabt hätte, wenn dieser nicht vor dem Großvater verstorben wäre. Völlig derselben Art ist die Succession bei der querela inofficiosi tes-

---

10) l. 2 D. de cessione bonorum 42, 3. In personalibus actionibus, qui postea quidem contraxerunt, verum ut pecunia eorum ad priores creditores perveniat, in locum eorum succedunt l. 24 § 3 D. de rebus auct. jud. 42, 5.

11) l. 10 § 1 D. quae in fraudem 42, 8.

12) l. 1 § 11 D. de exerc. a 14, 1.

13) l. 24 D. de pecunia const. 13, 7.

14) Gaj. III. 7. Ulp. fragm XXVI. 2. Paul. III. 4 B. 10. Vat. fragm. § 198. cfr. noch l. 1 § 7 D. de conjung. 37, 8. — l. 13 de injusto 28, 3.

Digitized by Google

tamenti [15]); der zweitnächste Inteſtaterbe, der in die Querel ſuccedirt, wenn der erſte, der gleichfalls übergangen iſt, die Querel nicht anſtellen kann oder will, leitet ſein Recht durchaus nicht vom erſten Inteſtaterben her; vielmehr tritt er vermöge eignen Rechts in die Stelle, an welcher zunächſt der weggefallene erſte Inteſtaterbe ſtand.

Wenden wir nun unſern Blick zurück zur hypothekariſchen Succeſſion, ſo ſind auch hier zwei Betrachtungsweiſen des Verhältniſſes möglich. Entweder iſt daſſelbe ſo aufzufaſſen, daß ſich das Recht des älteren Pfandgläubigers von der Perſon deſſelben loslöſt und daß das *ältere Recht* auf den Succeſſor *übergeht* oder es ließe ſich auch denken, daß das *eigne Recht* des Succeſſors nach dem Wegfalle des Vorgängers ſich verbeſſert und daß dieſes Recht in die juriſtiſche Stellung tritt, welche das ältere Pfandrecht früher einnahm.

Jene erſte Betrachtungsweiſe iſt ſeit Jahrhunderten adoptirt und hat ſich wie ein feſtſtehendes Axiom vererbt; man hält es nicht für zweifelhaft, daß der Succeſſor wie ein Käufer und Ceſſionar das dem Vorgänger urſprünglich beſtellte, fremde Recht als Rechtsnachfolger ausübt und daß er in einigen Fällen das alte Pfandrecht in Verbindung mit der urſprünglichen Forderung, in andern das alte Pfandrecht allein ohne die urſprünglich verbundene Forderung erwerbe. Verfolgen wir aber dieſe Anſchauung näher und vergegenwärtigen wir uns den Zuſammenhang des Rechtsſyſtems, ſo ſtoßen wir bald auf ſchwierige, kaum erklärbare Anomalien. Es würde ſich der Succeſſor nach dieſer Auffaſſung, durch eigene Handlungen ohne Einwilligung des bisher Berechtigten, nicht ſelten ſogar gegen den Willen deſſelben, deſſen Recht, die Forderung an den Schuldner, aneignen. Und doch iſt es ein natürlicher Grundſatz, welchen das römiſche Recht hochhielt, daß Privatrechte regelmäßig dem Berechtigten nicht entzogen und ohne deſſen Zuthun auf andere übertragen werden können [16]). Nur ausnahmsweiſe, wenn politiſche oder religiöſe Rückſichten es gebieten, kann uns ein Dritter unſer Recht ohne unſere Mitwirkung gegen Anbieten ſeines Kaufpreiſes entziehen. In Bezug auf Forderungen ins-

15) Z. B. l. 31 D. de querela inoff. 5, 2.

16) l. 11 D. de reg. juris 50, 17. l. 11 C. de contr. emtione 4, 38. Invitum comparare vel distrahere postulantis desiderium justam causam non continet.

Digitized by Google

beſondere wird uns ausdrücklich und mit Beſtimmtheit geſagt, daß man eine Ceſſion nicht um deßwillen verlangen könne, weil man dem Gläubiger derſelben Zahlung anbietet[17]; es ſei denn, daß man die Forderung bereits früher gekauft habe[18]. Bei der hypothekariſchen Succeſſion und nur bei dieſem Verhältniß würde ſich nach der gewöhnlichen Auffaſſung eine Verletzung dieſes tiefgreifenden auf heilig zu haltende Principien gebauten Satzes finden.

Ein weiteres wichtiges Bedenken liegt darin, daß jene Auffaſſung für manche Fälle der hypothekariſchen Succeſſion zur Annahme genöthigt iſt, daß ſich ein Pfandrecht *loslöſe* von der Forderung, zu deren Schutz es urſprünglich beſtellt iſt, und ſich mit einer neuen ganz verſchiedenen Forderung verbinde. Und ſo würden wir wiederum in Widerſpruch gerathen ſein und zwar mit dem feſtſtehenden und in der Natur unſerer Verhältniſſe begründeten Satz, daß das Pfandrecht ein *Acceſſorium* der Forderung und untrennbar mit ihr verbunden iſt.

Endlich iſt es mindeſtens auffallend, daß nach dieſer Betrachtungsweiſe, in einem Fall der hypothekariſchen Succeſſion (beim jus offerendi et succedendi) ein fremdes Forderungsrecht in *Verbindung mit dem Pfandrecht* auf den Succeſſor übergehen ſoll, während ſich in andern Fällen ein altes Pfandrecht von der urſprünglichen Forderung trennen und mit einer neuen Obligation verbinden würde. Daſſelbe Inſtitut — denn ſo erſcheint es nicht nur bei den Neuern, ſondern auch in den Quellen — hätte alſo ganz verſchiedenen Eigenthümlichkeiten in den verſchiedenen Species ſeiner Anwendung.

Alle dieſe Erſcheinungen ſind nun aber um ſo unbegreiflicher, als dieſer Theil des Pfandrechts ſeine Entſtehung der Kunſt der römiſchen Juriſten verdankt und ein willkürlicher Eingriff der Geſetzgebung in unſere Materie nicht im mindeſten nachweisbar iſt.

So werden wir dazu getrieben, einmal die andere Auffaſſung unſeres Verhältniſſes durchzudenken, die wir oben als möglich bezeich-

17) l. 5 C. de solut. 8, 43. — Nulla tibi adversus creditorem alienum actio superest, eo quod ei debitam quantitatem offerens, jus obligationis in te transferri desideras cum ab eo nomen comparasse non suggeras; licet solutione ab alio facta nomine debitoris evanescere soleat obligatio.

18) Die Regel, auf die man ſich früher berief, daß Jeder zu dem gezwungen werden können, was ihm nicht ſchadet und andern nützt, iſt längſt außer Cours geſetzt und bedarf keiner Widerlegung mehr.

Digitized by Google

neten; sie allein führt uns denn auch zu befriedigenden Resultaten. Das alte Pfandrecht, die alte Forderung erlischt in allen Fällen der hypothekarischen Succession und geht keineswegs auf den Successor über [19]). Nur das eigne dingliche Recht des Successors, welches ihm vom Eigenthümer an der von ihm befreiten Pfandsache verliehen ist, wird wirksam. Aber dieses eigene Recht erhält vielfach eine gleiche juristische Stellung wie jenes untergegangene, es erhält namentlich den Rang, den jenes hatte.

Wir wollen kein besonderes Gewicht darauf legen, daß sich unter dieser Unterstellung der Ausdruck successio in locum sehr passend erklärt, da locus wie ordo in der Lehre des Pfandrechts vorzugsweise den Rang bezeichnet [20]); wir wollen auch die Zusammenfassung der Lehre der Priorität und der successio in den Pandekten unter dem einen Titel, qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur et de his qui in priorum locum succedunt nicht besonders betonen und selbst dabei nicht verweilen: daß Marcian [21]) einmal auf die Frage, ob einem Gläubiger das Recht der Succession zustehe, die Antwort giebt „praeferendus est" oder daß ein andermal Papinian respondirt superioris temporis ordinem manere primo creditori placuit tamquam in suum locum succedenti [22]).

Entscheidender als solche Einzelheiten spricht für unsere Auffassung, daß nach ihr die Succession vollkommen mit den allgemeinen Grundsätzen des Pfandrechts in Uebereinstimmung steht. Nicht immer ist, wie wir sahen, das Alter in Bezug auf den Rang das einzig Entscheidende. Die classische Jurisprudenz giebt vielmehr dem späteren Pfandrecht vor dem älteren den Vorzug, wenn durch dessen Begründung ein älteres Pfandrecht erhalten oder auch verbessert wurde (wegen versio in rem). Es liegt dabei der Gedanke zu Grund, daß sich kein Pfandgläubiger auf Kosten des Anderen bereichern solle. Derselbe Grundgedanke erklärt aber auch das Aufsteigen eines späteren

---

19) Dieselbe Grundansicht liegt einer Dissertation zu Grunde Mycielski de juris offerendi origine Berolini 1848, die aber dieselbe nicht im Einzelnen genügend nachweist.

20) cfr. l. 16 D. qui pot. 20, 4 Claudius Felix eundem fundum rebus obligaverat, Eutychianae primum, deinde Turboni tertio loco alii creditori.

21) l. 12 § 8 D. eod.

22) l. 3 D. qui pot. 20, 4, cfr. l. 21 D. eod.

Digitized by Google

Pfandgläubigers in einen beſſeren Rang in Folge der hypothekariſchen Succeſſion.

Es iſt nämlich allen Fällen der hypothekariſchen Succeſſion gemeinſam, daß der Pfandgläubiger oder dinglich Berechtigte, der ſie in Anſpruch nimmt, ein vorgehendes Pfandrecht, meiſt eine erſte Hypothek durch Geld oder Geldeswerth getilgt hat. Würde nun trotzdem bloß das Datum der Conſtituirung ſeines dinglichen Rechts berückſichtigt, ſo würden diejenigen Pfandgläubiger, die zwiſchen dem Abfindenden und dem abgefundenen erſten Hypothekar in der Mitte ſtanden, faſt allein den Vortheil von jenem Geſchäft ziehen. Sie würden an die erſte Stelle rücken oder ihr wenigſtens näher treten, ſie würden alſo ihr Recht conſolidiren auf Koſten des Pfandgläubigers, welcher ſein Geld zur Abfindung des erſten Hypothekars verwendete [23]). Dieſe Unbilligkeit ſoll ausgeglichen oder vielmehr von vornherein verhütet werden. Zu dieſem Zweck erhält der Abfindende den Rang des Abgefundenen, ſo daß ſich die Lage der dazwiſchenſtehenden Pfandgläubiger durch jene Operation nicht verändert, weder verbeſſert, noch verſchlechtert.

Die hypothekariſche Succeſſion und das privilegirte Pfandrecht wegen in rem versio ſind demnach nur wie die Zweige eines Stammes, verſchiedene Anwendungen deſſelben Grundgedankens [24]).

Die Betrachtung der einzelnen Fälle, zu der wir jetzt übergehen, wird unſre Auffaſſung beſtätigen. Wir werden finden, daß bei der hypothekariſchen Succeſſion auf ein ſpäteres Pfandrecht Rang und Stellung eines weggefallenen Pfandrechts übergeht; es wird ſich dagegen ergeben, daß man mit Unrecht in einigen Fällen annimmt, ein altes Pfandrecht löſe ſich von der alten Obligation und verbinde ſich mit einer neuen (ſ. g. unvollſtändige Succeſſion) und daß es ebenſo unrichtig iſt, wenn man behauptet, bei dem jus offerendi des ſpäteren Pfandgläubigers finde ſich ein Uebergang der perſönlichen und dinglichen Rechte des Vorgängers auf den Succeſſor (ſ. g. vollſtändige Succeſſion).

---

23) cfr. l. 3 § 1 D. de in rem verso 15, 3.

24) Eine Andeutung der Verwandtſchaft beider Inſtitute giebt denn auch Ulpian. l. 6 § 1 § 2 D. qui pot. 20, 4. Item si quis in merces obligatas crediderit, vel ut salvae fiant, vel ut naulum exsolvatur potentior erit, licet posterior sit: nam et ipsum naulum potentius est. Tantundem dicetur et si merces horreorum vel areae vel vecurae jumentorum debetur; nam et hic potentior erit.

Digitized by Google

Dieser Nachweis hat ein großes wissenschaftliches Interesse, aber auch eine hohe praktische Bedeutung, indem er uns den sicheren Maßstab zur Entscheidung einer Menge streitiger, praktisch wichtiger Fragen giebt.

§ 162. Abfindungsgeschäft. Novation.

Der einfachste und wahrscheinlich älteste Fall der hypothekarischen Succession ist folgender[1]): Ein Capitalist übernimmt dem Schuldner gegenüber die Verpflichtung ein auf dessen Sache lastendes Pfandrecht zu tilgen oder macht ihm zu diesem Zweck ein Darlehen und er bedingt sich zum Schutz seiner dadurch gegen den Schuldner entstehenden Ansprüche ein neues Pfandrecht an der Sache, auf welcher die frühere Schuld lastete. Der Kürze wegen wollen wir dies Geschäft in der Folge als Abfindungsgeschäft bezeichnen.

In allen wesentlichen juristischen Momenten gleichartig ist die hypothekarische Succession, welche eintritt, wenn eine Forderung und damit das zu ihrem Schutz bestellte Pfandrecht durch Novation getilgt wird[2]), während für die novirende Forderung ein Pfandrecht an der früher verpfändeten Sache erneuert wird.

Im Folgenden wollen wir die Voraussetzungen und Wirkungen beider verwandter Successionsfälle gemeinsam im Einzelnen darlegen. Indem wir in ihr Wesen und ihre juristischen Eigenthümlichkeiten tiefer einzudringen suchen, wird es sich zugleich zeigen, daß es sich bei beiden Successionen um nichts handelt als um Uebertragung der begünstigten Stellung eines untergegangenen Pfandrechts auf ein neu constituirtes. Beide Verhältnisse verdienen aber auch eine sorgfältige Prüfung ihrer großen praktischen Bedeutung und Utilität willen. Die hypothekarische Succession der novirenden Forderung allein macht es möglich, daß der Gläubiger eine Novation oder Delegation einer pfandrechtlich versicherten Forderung mit Sicherheit vornehmen kann. Die Succession, beim Abfindungsgeschäft aber gewinnt eine hohe nationalökonomische Bedeutung durch die Möglichkeit, die sie dem Schuldner eröffnet, sich Capitalien zu verschaffen, um erste Hypotheken mit hohem und

---

1) Er ist schon Neratius Priscus bekannt, l. 3 D. quae res 20, 3.

2) l. 8 D. de novat. 46, 2. l. 11 § 1 D. de pign. a 13, 7. l. 3 pr. D. qui pot. 20, 4. l. 11 § 5 D. eod. l. un. C. etiam ab chirograph. 8, 27.

Digitized by Google

drückendem Zins bei günstigeren Geldconjuncturen durch Hypotheken mit mäßigem Zins zu ersetzen; sie giebt ihm die Mittel in die Hand anstatt des ersten Hypothekars, der die ihm verpfändete Sache zu ungünstiger Zeit zu verkaufen droht, einen Gläubiger einzusetzen, der nicht in gleichem Grad des Capitals benöthigt ist; mit einem Wort, sie wendet dem Schuldner für die auf seiner Sache lastenden Hypotheken alle Vortheile einer freien Concurrenz zu.

Was nun die Erforderniſſe der hypothekariſchen Succeſſion bei beiden Geſchäften betrifft, ſo erſcheint als Vorausſetzung:

1) Begründung eines neuen Pfandrechts an der früher verpfändeten Sache. Eine ſolche Neubeſtellung wird von den römiſchen Juriſten in allen Fällen erwähnt [3]), in welchen ſie von einer Succeſſion bei einer Novation oder dem Abfindungsgeſchäft handeln; ja ſie erklären ausdrücklich und mit Nachdruck, daß eine Succeſſion nicht beanſprucht werden könne, falls die Neuverpfändung unterblieb [4]).

> Paulus libro 3 quaestionum l. 3 D. quae res pign. 20, 3. Aristo Neratio Prisco scripsit, etiam si ita contractum sit, ut antecedens dimitteretur, non aliter in jus pignoris succedet, nisi convenerit, ut sibi eadem res esset obligata; neque enim in jus primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore, quo casu emtoris causa melior efficietur.

Neuere Schriftſteller verneinen trotz dieſer und ähnlichen Stellen, daß die Begründung eines neuen Pfandrechts zu den Vorausſetzungen der hypothekariſchen Succeſſion gehören. In der That es verträgt ſich ein ſolches Erforderniß nicht gut mit dem gewöhnlichen Syſtem, welches das Weſen der hypothekariſchen Succeſſion in den Uebergang des alten Pfandrechts auf den neuen Gläubiger ſetzt und es iſt nicht zu verwundern, wenn man von dieſer Annahme aus auf den Gedanken kam, daß es ſich bei jener Convention zwiſchen dem eintretenden Gläubiger und dem Schuldner nicht um eine Neuconſtituirung des

---

3) l. 3 D. qui pot. 20, 4. l. 12 § 5 § 8 D. eod.

4) Auch bei der versio in rem wird der gleiche Satz hervorgehoben, z. B. l. 17 C. de pign. 8, 14. Quamvis ea pecunia, quam a te mutuo frater tuus accepit, comparaverit praedium: tamen nisi specialiter vel generaliter hoc tibi obligaverit, tuae pecuniae numeratio in causam pignoris non deduxit. cfr. l. 7 Cod. qui potiores 8, 18.

Digitized by Google

Pfandrechts, sondern nur um einen Vorbehalt[5]) handle, vermöge dessen der neuen Forderung das alte Pfandrecht erhalten bleiben solle. Wenn dies aber die Bedeutung jener Convention wäre, so würde offenbar zum Eintritt der hypothekarischen Succession nicht nothwendig sein, daß alle Voraussetzungen ursprünglicher Bestellung eines Pfandrechts vorhanden seien; es würde vielmehr genügen, wenn nur das alte Pfandrecht, das sich der succedirende Pfandgläubiger vorbehalten wollte, noch bis zum Augenblick des Abschlusses des Successionsgeschäfts fortbestand. Wirklich zieht ein neuerer, angesehener juristischer Schriftsteller — ganz consequent — diese Folgerung[6]).

Aber jener Satz ist nicht richtig und steht im Widerspruch mit den Entscheidungen der Quellen. Sie verlangen, wenn der Gläubiger in die Rechte eines früheren succediren will, alle Bedingungen, die zur Neubestellung eines Pfandrechts nöthig sind und gehen offenbar von dem Gedanken aus, daß es sich um Begründung eines neuen Rechts, nicht um die Fortdauer des alten handle. Namentlich sind folgende zwei Stellen für das richtige Verständniß unseres Verhältnisses von großer Wichtigkeit.

> l. 2 D. pigneratitia actione 13, 7. Pomponius lib. 6 ad Sabinum. Si debitor rem pignori datam vendidit et tradidit tuque ei nummos credidisti, quos illi solveret creditori, cui pignus dederat, tibique cum eo convenit, ut ea res quam jam vendiderat, pignori tibi esset, nihil te egisse constat, quia rem alienam pignori acceperis; ea enim ratione emptorem pignus liberatum habere coepisse, neque ad rem pertinuisse, quod tua pecunia pignus sit liberatum.

Der Schuldner verkauft und tradirt eine verpfändete Sache und schließt nachher noch einen Vertrag mit einem Capitalisten, wonach dieser Geld zur Befreiung der Pfandsache herschießt, dagegen sich statt des abgefundenen Gläubigers ein Pfandrecht an derselben bedingt. Wäre es nun möglich, daß sich der abfindende Capitalist das alte Pfandrecht vorbehielte, so ließe sich der angeführten Convention die Gültigkeit nicht absprechen. Denn das früher begründete Pfandrecht bestand natürlich auch nach dem Verkauf und nach der Tradition an den Käufer fort und konnte immer noch durch Vertrag oder gesetzliche Bestimmung

---

5) vgl. z. B. Puchta § 213. 2.
6) Arndts Pand. § 374 a. E.

Digitized by Google

einem Cessionar übertragen werden. Pomponius aber erklärt jene Pfandconvention als wirkungslos und fügt als Grund zu, daß der Verkäufer an einer ihm bereits nicht mehr gehörenden Sache ein Pfandrecht nicht bestellen könne; er faßt also offenbar die Pfandbeabredung behufs einer hypothekarischen Succession nicht als Vorbehalt des alten Pfandrechts, sondern als Bestellung eines neuen. — Von nicht geringerer Beweiskraft ist folgende Stelle von Paulus:

> l. 30 D. de novat. 46, 2 libro 5 responsorum.
>
> Paulus respondit: si creditor a Sempronio novandi animo stipulatus esset, ita ut a primo obligatione in universum discederetur, rursum easdem res a posteriore debitore sine consensu prioris obligari non posse.

Für einen Schuldner, welcher dem Gläubiger seine Güter verpfändet hatte, tritt Sempronius expromittirend ein und verpfändet dabei die früher verpfändeten Güter des ausscheidenden Schuldners dem novirenden Gläubiger auf's neue. Handelte es sich bei solchen Conventionen nur um die Fortdauer des alten Pfandrechts, so könnte über die Gültigkeit dieses Geschäfts kein Zweifel sein. Paulus dagegen erklärt die neue Pfandberedung für ungültig, falls nur Sempronius wirklich eine Novation beabsichtigte und der neue Schuldner nicht etwa neben dem alten haften, sondern anstatt desselben eintreten sollte. Der Grund seiner Entscheidung kann nur in der Ansicht liegen, daß im Augenblick, in welchem die alte Forderung novirt wurde, auch das alte Pfandrecht erlosch, daß es trotz eines Vorbehalts die Existenz der Forderung, mit der es verknüpft war, nicht überdauern konnte. Nur wenn ein neues Pfandrecht nothwendig ist, ist es natürlich, daß der frühere Schuldner und Eigenthümer der Pfandsache zur erneuten Verpfändung consentiren muß und daß der Vertrag mit dem Intercedenten in keiner Weise genügt.

Gegen die Auffassung, daß der hypothekarischen Succession in den angeführten Fällen stets ein neues Pfandrecht zu Grunde liege, ließe sich vielleicht der Umstand anführen, daß der Vormund ohne Decret an verpfändeten Pupillengütern eine hypothekarische Succession constituiren kann, während ihm doch nach der Oratio Severi jede Veräußerung und Verpfändung unbeweglicher Güter ohne Decret (speciell der praedia rustica und suburbana) untersagt ist. So gewichtig dieser Einwurf auf den ersten Blick scheint, so würde er doch eine nähere Prüfung nicht aushalten. Allerdings entscheidet Ulpian.

Digitized by Google

l. 7 § 5 § 6 D. de rebus eorum, qui sub tutela 27, 9.
Si obligavit rem tutor sine decreto, quamvis obligatio non valeat, est tamen exceptioni doli locus, sed tunc quum tutor acceptam mutuam pecuniam ei solverit, qui sub pignore creditor erat. Item videndum est an et obligare ei rem possit, et dicendum est, si eandem sortem acceperit, nec gravioribus usuris, valere obligationem, ut jus prioris creditoris ad sequentem transeat.

Der Gläubiger, welchem ein Tutor eine Sache des Pupillen verpfändet, um mit dem entlehnten Geld frühere Pfandrechte an denselben zu tilgen soll nicht nur, wenn er im Besitz der Pfandsache ist, eine exc. doli zur Zurückhaltung derselben bis zur Erstattung des Darlehens erhalten, sondern es soll die Verpfändung selbst als gültig betrachtet werden, und es soll das neue Pfandrecht die rechtliche Stellung des abgefundenen erhalten, falls nur die neue Forderung nicht lästiger ist, als die alte, und die Partheien die Absicht hatten die neue Forderung an die Stelle der alten zu setzen.

Die Entscheidung Ulpians ist durchaus zu billigen; nur würden wir sehr unrecht thun, die Gültigkeit des besprochenen Geschäfts etwa daraus zu erklären, daß in demselben der Vorbehalt eines alten Pfandrechts, keine Neuverpfändung enthalten sei. Der Grund der Rechtsbeständigkeit der Verpfändung ohne Decret liegt vielmehr darin, daß unser Rechtsverhältniß, wenn es auch unter den Wortlaut des Senatusconsults gezogen werden kann, doch nach dessen Sinn und Geist von dessen Bestimmungen nicht betroffen wird. Denn die Absicht desselben ist dem Pupillen seine Immobilien in dem Zustand zu erhalten, in dem er sie überkam und nur zu diesem Zweck tritt es jeder Veräußerung und Verpfändung entgegen. Bei der hypothekarischen Succession wird aber ein Pfandrecht bestellt, das nur die Stelle eines bereits bestehenden einnimmt. Die Sache wechselt nur die Last mit einer gleichen Last; die Lage des Pupillen ist unverändert und eben deßhalb ist das Gesetz unanwendbar.

Diese Auffassung [7]) deutet bereits Marcian an, wenn er sagt:
l. 12 D. de rebus 27, 9.
Non fit contra Senatusconsultum, si cujus tutor creditori patris pupilli exsolvat, ut ejus loco succedat.

7) cfr. l. 7 § 14 D. ad S. C. Maced. 14, 6.

Digitized by Google

In ähnlicher Weise erklärt sich folgende Entscheidung von Scävola[8]): Der Erblasser hatte seinem Erben verboten gewisse Grundstücke zu veräußern oder zu verpfänden und bestimmt, daß sie den ehelichen Nachkommen und Cognaten erhalten werden sollten. Der Erblasser selbst aber hatte jene Grundstücke bereits bei Lebzeiten einem Gläubiger verpfändet und sein Sohn und Erbe verpfändete sie dann später aufs neue, um das vom Erblasser bestellte Pfandrecht abzulösen. Scävola über die Gültigkeit der Neuverpfändung befragt, erklärt sich für dieselbe trotz der testamentarischen Bestimmung (respondit secundum ea, quae proponerentur, pignus recte contractum). Die Intention des Erblassers ging nur dahin, seinen Kindern und Cognaten die ihnen zugedachten Grundstücke, in dem Zustand zu erhalten, in welchem er sie hinterließ und eine Verpfändung, welche die Lage der Grundstücke nicht weiter verschlechtert, fällt nicht unter das testamentarische Verbot.

Wenn nun aber die neue Pfandconvention nicht als Vorbehalt des alten Pfandrechts zu betrachten ist, so versteht es sich doch nach allgemeinen Sätzen von selbst, daß sie bereits vor dem Untergang des alten Pfandrechts abgeschlossen sein muß, wenn das neue Pfandrecht an die Stelle des alten treten soll. Hätte etwa ein Capitalist die Abfindung des ersten Hypothekars bereits vorgenommen und der Schuldner würde sich nachher noch entschließen ihm ein Pfandrecht an der Pfandsache einzuräumen, so würde doch ein Einrücken in die Stellung des Abgefundenen nicht stattfinden können; denn die Lage der in der Mitte stehenden Gläubiger wäre durch die Abfindung ihres Vorgängers bereits verbessert und kann durch einen späteren Act des Schuldners, wodurch er freiwillig dem Abfindenden ein neues Pfandrecht schafft, nicht verschlechtert werden. Ob dagegen die neue Hypothek eine vertragsmäßige oder auch eine gesetzliche ist, scheint mir für die hypothekarische Succession gleichgültig und der Umstand, daß die Quellen stets nur die Bestellung eines neuen Conventionalpfandes erwähnen, nur zufällig, denn der allgemeine Grundsatz, daß kein Pfandgläubiger auf Kosten des Anderen sein Recht consolidiren soll, kommt auch dem gesetzlichen Pfandgläubiger zu Gute, und muß ihm den Eintritt in die Stelle eines aus seinen Mitteln abgefundenen Pfandgläubigers verschaffen, wie er ihm das Privileg wegen versio in rem verleiht.

8) l. 38 pr. D. de leg. III.

Digitized by Google

Auch der Umstand ist wohl für die hypothekarische Succession ohne Bedeutung, ob der neue Pfandgläubiger sich bloß an der früher verpfändeten Sache ein Pfandrecht bestellen ließ oder ob er zu mehrerer Sicherheit noch Pfandrechte an anderen Sachen hinzufügte; man kann nicht etwa sagen, daß der Gläubiger durch Annahme neuer Pfänder auf den Eintritt in den Rang des abgefundenen Gläubigers verzichtete. In der That finden wir wenigstens in Bezug auf die Novation eine Entscheidung Papinians in diesem Sinn[9]). Daraus folgt, daß der Gläubiger, welcher zur Abfindung einer auf einer Einzelsache lastenden Hypothek Geld herleiht und sich für diese Forderung ein generelles Pfandrecht am Gesammtvermögen des Schuldners bestellen läßt, hinsichtlich jener Sache dann in den Rang des Abgefundenen succedirt, wenn dieselbe sich noch im Vermögen des Pfandbestellers findet.

Der Gläubiger, welcher sich nicht in irgend einer Weise eine Hypothek an der Sache verschafft, die er entlastete, kann eine hypothekarische Succession nicht beanspruchen. Doch ist er, auch wenn er die Bestellung einer Hypothek verabsäumte, dann nicht ohne allen Schutz, falls er den Besitz der von ihm befreiten Sache erhielt. Er kann sich dann durch exc. doli gegen die Klage der Pfandgläubiger, denen jene Abfindung zu Gute kam, solange vertheidigen, bis er für seine Auslagen entschädigt ist[10]). Ebensowenig succedirt der negot. gestor des Schuldners, welcher einen Pfandgläubiger mit eignem Gelde abfand, in dessen Stelle; aber er hat (dann, wenn er sich nicht Cession der Rechte des ersten Pfandgläubigers zu verschaffen wußte), wie Papinian[11]) ausdrücklich hervorhebt, solange er sich im Besitz der Pfandsache befindet, eine exceptio doli bis zum Ersatz seiner Auslagen.

2) Das neue Pfandrecht succedirt nur dann an die Stelle des alten, wenn die Partheien von Anfang an die Absicht hatten, die alte Pfandforderung durch die neu versicherte Forderung zu tilgen und wenn dieser Zweck wirklich erreicht wurde. Dies gilt princi-

9) l. 3 D. qui pot. 20, 4. Creditor acceptis pignoribus, quae secunda conventione secundus creditor accepit, novatione postea facta pignora prioribus addidit, superioris temporis ordinem manere primo creditori placuit, tamquam in suum locum succedenti. cfr. l. 12 § 5 D. qui potiores 20, 4.

10) Anton Faber c. 8 t. 9 def. 7. — Negusantius de pignoribus p. V. m. 3. n. 3.

11) l. 1 D. quib. modis pignus 20, 6.

Digitized by Google

piell sowohl für die Succession bei der Novation als beim Abfindungsgeschäft.

Allein beide Momente sind bei der Novation einer Forderung unmittelbar gegeben. Zur Vornahme einer Novation ist nach der Eigenthümlichkeit des Geschäfts nothwendig, daß die Partheien beabsichtigten, die novirende Forderung an die Stelle der alten zu setzen; und durch die in der Novation liegende Tilgung der alten Forderung wird diese Absicht unmittelbar realisirt. Hier kann nur fraglich werden, wie es sich verhalte, wenn mehrere Forderungen behufs der Novation zusammengefaßt werden und für die ganze, neu entstehende Forderung ein Pfandrecht erneuert wird, obgleich mit der Pfandforderung zugleich, andere bloß chirographarische Forderungen novirt werden? Da die novirende Forderung in diesem Fall nur zu einem Theil an der Stelle der alten Pfandforderung steht, so folgt, daß die Priorität nur auf den Theil übergeht, welcher deren Betrag entspricht; für die darüber hinaus gehende Summe steht das neue Pfandrecht den in der Zwischenzeit begründeten Pfandrechten nach; so daß es für verschiedene Beträge einen verschiedenen Rang erhält [12]).

Weit schwieriger wird es oft beim Abfindungsgeschäft sein zu bestimmen, ob die neue Forderung an die Stelle der alten trat. Hierbei ist aber von Wichtigkeit, daß das Abfindungsgeschäft in ganz verschiedenen Formen vorkommt. Die gewöhnlichste Form ist, daß ein Capitalist dem Schuldner gegenüber die Verpflichtung übernimmt, einen Pfandgläubiger abzufinden und daß er diesen dann selbst aus seinen Mitteln abzahlt [13]). Diese Art des Geschäfts, welche sich technisch-juristisch nicht als Darlehensobligation, sondern als Mandat qualificirt und keine actio ex mutuo, sondern eine actio mandati contraria des Gläubigers erzeugt, der die Vorhypothek tilgte, wird schon deßwegen vom Capitalisten vorgezogen werden, weil er dabei dem Schuldner die nothwendigen Geldsummen nicht direct anvertraut und sich also der Gefahr nicht aussetzt, daß dieser sie zu anderweitigen Zwecken verwendet. Bei dieser Form ist es aber auch unmittelbar aus der Darlegung des Geschäfts klar, daß die neue Forderung an der Stelle der alten steht. Schon deßhalb wird der Capitalist gut daran thun, diese Form zu wählen. Es kann aber auch vorkommen — was man nur

12) cfr. l. 12 § 5 D. qui pot. 20, 4.
13) l. 3 D. quae res pign. 20, 3.

Digitized by Google

nicht, wie es meistens geschieht, als den einzigen Modus unseres Geschäfts auffassen darf — daß der Gläubiger dem Schuldner die Darlehenssumme auszahlt und daß dann der Vorhypothekar vom Schuldner in Folge jenes Darlehens abgefunden wird. Damit in solchem Fall eine Succession eintrete, ist vor Allem nachzuweisen, daß die Partheien sofort bei Contrahirung des Darlehens festgestellt hatten, daß die Darlehenssumme zur Tilgung einer Vorhypothek verwendet werde. Denn wenn der Schuldner den Erlös eines Anlehens freiwillig zur Tilgung anderer Hypotheken benützt, erfolgt eine hypothekarische Succession des Darleihers niemals; die Lage der in der Mitte stehenden Pfandgläubiger wurde hier ja nicht direct durch den Darleiher gebessert, sondern durch die freie Entschließung des Schuldners. Fraglich könnte nur folgender Fall sein. Der Schuldner nahm ein Darlehen auf und verpfändete eine Sache, ohne daß die Tilgung von Vorhypotheken Zweck des Geschäfts war (indem er etwa die Summe im Anfang zu anderweitigen Anschaffungen, Meliorationen u. dergl. verwenden wollte); hinterher aber autorisirt er den Gläubiger die Darlehenssumme einem Vorhypothekar auszuzahlen. Auch hier möchte die Succession zu verwerfen sein, da sich die in der Mitte stehenden Gläubiger darauf berufen können, daß der Darleiher nicht in Folge eines Rechts, das er sich von Anfang an stipulirte, sondern im spätern Auftrag des Schuldners, welcher dem Rechtsgeschäft keinen neuen Charakter aufdrückte, zahlte; daß demnach die Zahlung an den Vorhypothekar nicht sowohl aus den Mitteln des Gläubigers als den Mitteln des Schuldners, welchen jener vertritt, erfolgte.

Es genügt aber zur Succession nicht, daß das Darlehen den Zweck hatte, die Vorhypothek zu tilgen; die Tilgung muß auch wirklich aus dem Darlehen erfolgt sein. Und ob dies der Fall ist, wird bei unserem Verhältniß nicht selten juristisch zweifelhaft und factisch schwer nachweisbar sein. Alles ist freilich klar, wenn der Schuldner die Geldstücke selbst, die er empfing, etwa in den Rollen, in denen sie ihm eingehändigt waren, dem Vorhypothekar auszahlte. Hierbei muß es auch ganz gleichgültig sein, ob zwischen Empfang und Auszahlung kürzere oder längere Zeit verfloß. Wie aber wenn die Auszahlung der entliehenen Geldstücke selbst nicht zu erweisen ist, oder wenn es etwa feststeht, daß der Schuldner die geliehenen Gelder in sein Vermögen verwendet hat und hinterher den Vorhypothekar mit anderen Geldstücken abfand? Man würde, wie mir scheint, unrecht thun, in solchen Fällen ohne Unter-

Digitized by Google

ſcheidung jede hypothekariſche Succeſſion zu verwerfen; denn bei Geldgeſchäften kommt es nicht ſowohl auf die einzelnen Stücke, als auf den dem Vermögen ab- und zufließenden Werth an. Und deßwegen möchte folgendermaßen zu entſcheiden ſein. Benutzte der Schuldner das Darlehen um ſein Vermögen dauernd zu vergrößern, machte er mit den geliehenen Geldſtücken etwa Anſchaffungen z. B. Actien und zahlte er dann ſpäter aus dem Verkaufspreis dieſer Anſchaffungen oder aus deren Ertrag den Vorhypothekar ab, ſo rückt der Darleiher in die Stelle des abgefundenen Vorhypothekars. Und auch wenn dergleichen nicht nachweisbar iſt, möchte nach dem Zeugniß der Quellen [14]), die Abzahlung aus dem Darlehen regelmäßig anzunehmen ſein, wenn zwiſchen dem Empfang des Darlehens und der Abfindung des Vorhypothekars nur ganz kurze Zeit liegt; eine Beſtimmung, deren Zweck iſt minutiöſe Unterſuchungen über Zuſammenſetzung eines Vermögens und die Verwendung des Darlehens abzuſchneiden. Dagegen kann eine Succeſſion nicht beanſprucht werden, wenn der Schuldner erweislich die geliehene Summe verſchwendete, in unglücklichen Speculationen verlor und ſpäter der Schuldner den Vorhypothekar aus eigenen Mitteln abzahlt. Und jedenfalls tritt die Succeſſion dann nicht ein, wenn der Schuldner den Vorhypothekar aus dem Ertrag eines neuen Anleihens, das ihm ein Dritter macht, abfindet.

Der Abzahlung des Vorhypothekars ſteht nach allgemeinen Grundſätzen gleich, wenn ihm die volle Geldſumme angeboten iſt und dieſelbe im Fall der Nichtannahme ordentlicherweiſe deponirt wurde. Dabei iſt natürlich vorausgeſetzt, daß der Gläubiger, dem die Abfindung angeboten wurde, nach den Contractsbedingungen bereits Rückzahlung annehmen mußte, daß alſo nicht ein längeres Stehenbleiben der Forderung zu ſeinen Gunſten ausgemacht war.

3) Manche Juriſten [15]) fordern zum Eintritt einer hypothekariſchen Succeſſion noch außer den angeführten Bedingungen, daß der Succedirende ſich für ſein neues Pfandrecht beſonders Rang und Stellung des abzufindenden Hypothekars *ausbedungen* habe; ich halte dies in-

14) l. 24 § 3 D. de rebus auct. jud. 42, 5.

15) So ſchon Gloſſe zu l. 3 D. 20, 3 n. 9. Sed quaeritur, an cogatur offerre secundus creditor tertio vel emptori quando *non fuit pactum*, ut *loco primi creditoris* tertius creditor vel emptor *succederet*. Resp. non. und viele Spätere.

Digitized by Google

deſſen nicht für nothwendig, obgleich man nicht ohne Schein eine Entſcheidung von Severus für die Nothwendigkeit einer ſolchen beſonderen Stipulation anführt. Dem Schuldner ſteht eine Dispoſition über den Rang der Pfandgläubiger durchaus nicht zu; der beſſere Rang, der zuweilen einer ſpäteren Hypothek gegeben wird, iſt nicht Folge der Einräumung deſſelben durch den Schuldner, vielmehr iſt er aus inneren Gründen dem ſpäteren Pfandrecht zugetheilt. Wenn aber die Succeſſion directer Gegenſtand der Verfügung der Partheien gar nicht ſein kann, warum ſoll eine Convention über dieſelbe, zur formellen Bedingung derſelben geſtempelt ſein? Auch wird in allen Stellen, welche die hypothekariſche Succeſſion bei einer Novation erwähnen, ſtets nur Beſtellung eines Pfandrechts an der früher verpfändeten Sache gefordert und es findet ſich keine Spur davon, daß auch noch ein Vertrag über Eintreten in die alten Privilegien nöthig ſei. Was aber in dieſer Beziehung bei der Novation galt, muß auch im Fall einer Abfindung des erſten Gläubigers Rechtens ſein. In der That hat Paulus in dem oben angeführten l. 3 D. quae res pign. 20, 3 indem er auf die Erforderniſſe der hypothekariſchen Succeſſion beim Abfindungsgeſchäft näher eingeht, eine beſondere Stipulation über Eintritt in den Rang des abgefundenen Gläubigers nicht gefordert, woraus ſich nach der Haltung der Stelle mit Beſtimmtheit ſchließen läßt, daß er ſie überhaupt nicht für nöthig hielt. Und da wir einen Widerſpruch zwiſchen den Entwickelungen von Paulus und den Verordnungen des gleichzeitigen Kaiſers Severus nicht leicht annehmen können, ſo iſt es nicht wahrſcheinlich, daß der Kaiſer in folgendem Reſcript noch andere Bedingungen ſetzen wollte.

l. 4 C. de his, qui in priorum 8, 19.

Non omnino succedant in locum hypothecarii creditoris hi, quorum pecunia ad creditorem transiit. Hoc enim tunc observatur, quum is, qui pecuniam postea dat, sub hoc pacto credat, ut idem pignus ei obligetur et in locum ejus succedat. Quod quum in tua persona factum non est (judicatum enim est te pignora non accepisse) frustra putas tibi auxilio opus esse constitutionis nostrae[16]) ad eam rem pertinentis.

Dem Kaiſer lag bei unſerem Reſcript ein Fall vor, in welchem zwar

16) Wahrſcheinlich die l. 1 C. qui potiores 8, 18.

Digitized by Google

eine Vorhypothek mit dem Geld des Anfragenden getilgt war, in welchem aber, wie bereits rechtskräftig feſtſtand, eine Hypothek nicht beſtellt war und außerdem nicht conſtirte, daß die Partheien von Anfang an vertragsmäßig die Abfindung des Vorhypothekars in Ausſicht genommen hatten. Indem nun der Kaiſer in ſeiner Antwort hervorhebt, daß eine Succeſſion nur eintrete, wenn die Partheien beabſichtigt hätten, das neue Rechtsverhältniß an die Stelle des alten zu ſetzen; bedient er ſich der Worte, die Partheien müßten convenirt haben, das neue Pfandrecht ſolle an die Stelle des alten treten; darin liegt aber gewiß nicht der einzig mögliche Ausdruck für jene Abſicht[17]) und die Verabredung ut antecedens dimitteretur, würde ohne Zweifel nicht weniger genügt haben, als die angedeutete Formel[18]).

Das bisher Ausgeführte wird uns noch deutlicher, wenn wir das analoge Verhältniß der versio in rem in's Auge faſſen. Das Privilegium, welches an dieſe geknüpft iſt, iſt wie die hypothekariſche Succeſſion davon abhängig, daß die Abſicht von Anfang an feſtſtand, eine Verwendung auf das Vermögen des Schuldners zu machen. Und es kann ein Darlehensgeber, ſelbſt wenn er ſich eine Hypothek beſtellen ließ, nicht um deßwillen ein Privilegium in Anſpruch nehmen, weil der Schuldner die von ihm dargeliehenen Summen freiwillig zur Erhaltung der Pfandſache verwendete. Dagegen iſt durchaus nicht gefordert, daß ſich der Pfandgläubiger noch beſonders den Eintritt in einen beſſern Rang in Folge der in rem versio ſtipulirte.

§ 163. Fortſetzung. Bedeutung der hypothekariſchen Succeſſion im Fall der Novation und des Abfindungsvertrages.

Die hypothekariſche Succeſſion bewirkt in den beſprochenen Fällen nicht den Uebergang des alten Pfandrechts auf die neue Forderung. Dies ergiebt ſich, wie ich glaube, ſchon zu völliger Ueberzeugung aus der nachgewieſenen Thatſache, daß dem neuen Gläu-

17) vgl. Puchta Pand. § 213 n. 6.

18) In l. 12 § 8 D. qui pot. 20, 4 hatte der Tertius daher nur zum Ueberfluß jene Clauſel zugefügt. Tertius deinde aliquis dat pecuniam mutuam tibi, ut Titio solveres et paciscitur tecum ut idem praedium ei pignori hypothecaeve sit et locum ejus subeat. Dieſe vorſorgliche Beſtimmung der Parthei kann natürlich nicht beweiſen, daß ſie nothwendig ſei.

Digitized by Google

biger ein neues Pfandrecht bestellt werden muß und daß diese Bestellung unumgängliche Bedingung der Succession ist. Schlecht entspräche es der Oeconomie des Rechts, wenn sich zu dem vom Schuldner constituirten neuen Recht in anomaler Weise noch ein anderes dem abgefundenen Gläubiger entlehntes gesellen würde, wie dies die Postglossatoren [1]) annahmen. Und was soll der Zweck der Neubestellung durch den Schuldner sein, wenn doch allein das vom früheren Pfandgläubiger übertragene Wirksamkeit haben soll? Den Quellen ist denn in der That der Erwerb eines Pfandrechts Voraussetzung der hypothekarischen Succession, aber nirgends führen sie den Erwerb des alten Pfandrechts als Folge derselben an. Nur das Aufsteigen des neuen Pfandrechts zum Rang des alten erscheint ihnen als Wirkung der Succession.

Nur in der l. 3 D. quae res pignori 20, 3 wird noch außerdem der Uebergang des Rechts zum Pfandverkauf als Folge der Succession behandelt. Es wird dort hervorgehoben, daß der Abfindende eine Convention über die Verpfändung abschließen müsse, um sich die Succession zu verschaffen, daß aber die Erneuerung der Vollmacht zum Pfandverkauf nicht erforderlich sei.

> Paulus libro 3 quaestionum. Denique si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit, posterior autem creditor omisit — non per oblivionem sed cum hoc ageretur, ne possit vendere — videamus, an dici possit, hucusque transire ad eum jus prioris, ut distrahere pignus huic liceat? Quod admittendum existimo. Saepe enim, quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum habet.

Die Entscheidung ist natürlich für den Fall, daß der Abfindende hinsichtlich des Pfandverkaufs schlechthin nichts ausgemacht hatte. Es war die Absicht der Partheien, daß der Abfindende die Pfandberechtigung des Vorgängers erhalten solle, das Verkaufsrecht aber erscheint als ein wesentliches Stück derselben, welches sich nach dem vermuthlichen

1) Bartolus in l. 1 D. quae res pign. — Negusantius de pign. p. 5 m. 3 n. 45. Et sic isto ultimo casu mutuans habet duas hypothecas, unam ex persona primi creditoris in cujus jus successit vigore pacti, alteram ex persona sua, vigore conventionis et hypothecae sibi concessae a debitore pro suo mutuo.

Digitized by Google

Willen der Paciscenten überträgt. Auffallend wird die Entscheidung erst durch den Zwischensatz non per oblivionem. War die Absicht der Partheien gewesen, daß der Successor nicht verkaufen solle, warum sollte man dieser Convention jegliche Folge versagen, und ihr nicht einmal die beschränkte Wirkung geben, welche das spätere Recht an sie knüpft[2]!

Wir halten die Zwischenbemerkung, die mit non per oblivionem angefügt ist, für interpolirt. Sie paßt nicht zum übrigen Text, denn wenn die Absicht sich manifestirt hätte, daß der abfindende Gläubiger nicht verkaufe, so hätte man nicht mehr correcter Weise sagen können posterior creditor de distrahendo omisit. Die Veranlassung zur Interpolation scheint uns nahe liegend zu sein. Nach der Lehre von Paulus konnte in der Regel, wer ein pactum de vendendo versäumt hatte, nicht direct zum Verkauf schreiten, er mußte vielmehr vorher dreimal denunciren, und so war es ihm von Vortheil, wenn er sich auf den Vertrag seines Vorgängers berufen konnte[3]. Nach dem System der Compilatoren dagegen hatte der Pfandgläubiger, der sich Vollmacht zum Verkauf nicht hatte geben lassen, ohnedem das Verkaufsrecht. Wollte man daher in der Compilation der Stelle noch Anwendung geben, so mußte man den Fall unterlegen, in welchem ein Nichtverkauf beabsichtigt und convenirt war. Daß man aber in solchem Fall die Berufung des Abfindenden auf das Verkaufsrecht des Abgefundenen zuließ, ist nicht mehr das Resultat wissenschaftlicher und theoretisch begründeter Abstraction, sondern das Product einer legislativen Decision, welche nur noch darin ihre Rechtfertigung findet, daß das pactum de non vendendo überhaupt als dem Geist des Pfandrechts widersprechend angesehen und um deßwillen in unserm Fall geradezu ignorirt wird.

Auf alle Fälle sehen wir in der Bestimmung von Paulus eine specielle Norm für das pactum de vendendo. Bei andern Begünstigungen, die dem Primus außerordentlicher Weise zugestanden wurden, z. B. dem Recht ohne Denunciation zu verkaufen, der antichretischen Benutzung der Früchte ließe sich ein Uebergang ohne ein specielles Zugeständniß des Verpfänders nicht behaupten, da es zweifelhaft bleibt ob

---

2) Anders suchte ich die Stelle zu erklären im Archiv f. c. Pr. I. c. Bd. 41 S. 23 u. 24. Dagegen Windscheid Pand. I. S. 612.

3) Bd. I. S. 88 ff.

Digitized by Google

die Abſicht der Partheien auf denſelben wirklich gerichtet war. Und wie man hierüber denkt, klar geht auch aus der Entſcheidung von Paulus hervor, daß der abfindende Pfandgläubiger ein neues Pfandrecht erhält, auf welches einzelne Berechtigungen des früheren übergehen. Läge ein Uebergang des alten Pfandrechts ſelbſt vor, ſo würde es ſich von ſelbſt verſtehen, daß es mit allen ſeinen Eigenthümlichkeiten und Privilegien überginge; es bedürfte der Unterſuchung nach dem Uebergang einzelner Vorrechte nicht.

Die Ueberzeugung, daß die Wirkung unſerer Succeſſion nicht Uebergang des alten Pfandrechts auf den neuen Gläubiger, ſondern nur Verbeſſerung der Lage des ſpäteren Pfandrechts iſt, wird weſentlich gefördert, wenn wir einen Blick auf die verſchiedenen Verſuche der Schriftſteller werfen, unſer Verhältniß von einem andern Standpunkt aus zu erklären.

Haubold[4]) in einer beſondern Abhandlung über die hypothekariſche Succeſſion führt dieſelbe auf eine wirkliche Ceſſion des alten Pfandrechts zurück, indem er behauptet, der Vorhypothekar, dem ein Nachfolger Zahlung anbietet, ſei zur Vornahme einer ſolchen Ceſſion verpflichtet; im Fall des Ungehorſams aber nehme ſie der Richter als geſchehen an. — Damit giebt er aber dem Inſtitut einen neuen, den Quellen unbekannten Charakter. — Die Römer erwähnen in Bezug auf unſer Verhältniß nirgends der Ceſſion, die jene Theorie zur Quelle der Succeſſion machen will, und nirgends geben ſie ein Klagmittel, wodurch der Vorhypothekar zur Abtretung ſeiner Rechte genöthigt werden kann[5]); den Römern iſt die Neubegründung eines Pfandrechts in der Perſon des Succeſſors Vorausſetzung der Succeſſion und gerade dieſe Thatſache ignorirt jene Theorie. Und wie erklärt dieſelbe die Succeſſion des Gläubigers, der ſeine eigene Forderung novirt, in den Rang den er früher innehatte? Sie muß conſequent eine Ceſſion des novirenden Gläubigers an ſich ſelbſt annehmen; eine juriſtiſche Erſcheinung die ohne Analogie daſtünde. Weniger doctrinär haben andere Schriftſteller[6]) eine geſetzliche und fingirte Ceſſion des alten Pfandrechts auf den neuen Gläubiger angenommen; aber auch dieſer Anſicht

4) De jure offerendi IV. 2 in opusc. ed. Wenck I. p. 601.

5) cfr. l. 5 C. de solut. 8, 43 S. 494.

6) Schon Bartolus l. 3 D. quae res pignori. — cfr. Mühlenbruch Ceſſion § 45 S. 486. Puchta Pand. § 213. Arndts Pand. § 374.

Digitized by Google

stehen, wie wir bereits in der Einleitung zeigten, die gewichtigsten Bedenken entgegen, auch diese Ansicht vermag namentlich nicht zu erklären, warum die Quellen Reconstituirung eines Pfandrechts in der Person des Successors verlangen.

In neuerer Zeit endlich hat man behauptet, in den besprochenen Fällen der Succession gehe zwar das alte Pfandrecht unter, aber es erhalte sich Priorität und Verkaufsrecht und es trete nur ein Wechsel der Personen ein, die sie besitzen [7]). Diese Anschauungsweise, die bloßen Qualitäten des alten Rechts eine selbstständige Existenz zuschreibt und eine Fortdauer derselben nach dem Untergang des Pfandrechts wie einen Uebergang auf andere Personen annimmt, ist offenbar nicht richtig. Das neue Pfandrecht erhält eine innere Verbesserung, nicht bloß einen äußerlichen Zuwachs jener Qualitäten.

Gedenken wir auch noch mit einem Worte des eigenthümlichen Wegs, den ein älterer Jurist, Beemann [8]), einschlug. Wenn der Schuldner dem Gläubiger zahle, meint er, so trete das Pfandrecht aus dem Eigenthum des Gläubigers in das des Schuldners zurück; es sei daher dessen Willkühr anheimgestellt, ob er das Pfandrecht mit seinem Eigenthum vereinigen oder einem Dritten verleihen wolle. Und aus diesem Grund sei der Vertrag des Schuldners über Ueberlassung einer ersten Hypothek, mit einem Capitalisten, der ihm zur Abfindung das Geld vorschoß, vollkommen gültig.

Diese Auffassung giebt vielleicht eine allgemeine Vorstellung von der Rechtmäßigkeit unseres Instituts, aber ihre Voraussetzungen sind, trotz eines dialectischen Scheins, durchaus unrömisch. Es bedarf kaum der Bemerkung, daß durch die Zahlung das Pfandrecht des Gläubigers getilgt wird, daher in keiner Weise in das Eigenthum des Schuldners zurückkehrt, noch weniger aber wieder weiter übertragen werden kann.

Eine interessante Frage ist, wie sich die Pfandrechte ordnen, wenn ein späterer Gläubiger die erste Hypothek nur theilweise abzahlt und sich ein Pfandrecht vom Schuldner bestellen ließ, oder auch wenn Mehrere hintereinander den ersten Hypothekar stückweise abgefunden haben und sich successive eine Hypothek bestellen ließen.

Ordnen sich dann diese verschiedenen Pfandrechte, welche ohne

---

7) Bachofen S. 528.

8) Beemann de successione hypothec. 1782 § 14 ff.

Digitized by Google

Zweifel alle den in der Mitte stehenden Hypothekarien vorgehen, wieder unter einander nach dem Datum ihrer Entstehung oder stehen sie sich gleich, oder hat gar etwa das später constituirte den Vorzug?

Wenden wir uns zunächst zu dem einfacheren Fall, daß der erste Hypothekar A. von dem Capitalisten B. zu einem Theil abgezahlt wurde, während ein Theil der Pfandforderung bei A. stehen blieb. Eine gewisse Billigkeit scheint dann für den Vorrang des Abzahlenden zu sprechen. Man denke das Pfand hat im Augenblick des Verkaufs nur den Werth von 2000; A. hatte eine Forderung von 4000 und darauf hat B. 2000 abgezahlt. Hier, könnte man sagen, hat A. Alles erhalten, was er ohne Dazwischenkunft des B. aus dem Verkauf des Pfandobjects erhalten konnte; es ist billig, daß sich B. vor Allem für seine Auslage an den A. aus dem Pfand entschädige. — Mir schiene dies indessen nicht richtig; die theilweise Abzahlung durch den B. kann das Pfandrecht des A. für den Rest, der stehen bleibt, so wenig verschlechtern, als wenn ihn der Schuldner nur zum Theil gezahlt hätte. Er konnte von Anfang in Bezug auf seine Forderung frei entscheiden, welchen Theil er zuerst aus dem Pfandverkauf tilgen will, welchen Theil er erst nachher gewissermaßen als zweite Hypothekenforderung betrachten will; und so ist er auch jetzt noch berechtigt auf den Theil, der bei ihm stehen bleibt, zuerst abzurechnen. Der erste Hypothekar wird demnach regelmäßig den Vorrang behalten, und der Abfindende sich mit der zweiten Stelle begnügen müssen. Ueberträgt man nun dies Resultat auf den Fall, wenn Mehrere die Forderung des Vorhypothekars *successive* abtrugen, A. 1000 im Jahr 1850, B. 1000 im Jahr 1852, C. 2000 im Jahr 1853, so kommt man zur Consequenz, daß der spätere Pfandgläubiger C. den früheren B. und A. vorangehe [9]). Hat doch C. ein dem A. und B. *noch vorgehendes* Pfandrecht aus eigenen Mitteln getilgt, so daß ihre Lage durch das Aufsteigen des C. nicht verändert wird.

Die entwickelten Sätze haben jedoch nur dann Geltung, wenn nicht von vornherein das Pfandrecht des ersten Hypothekars *zunächst* für gewisse Theile seiner Forderung bestimmt war, so daß andere Theile der Forderung erst nachher zur Anrechnung kommen sollen.

---

9) a. Anf. Pothier oeuvres V. p. 159. cfr. cod. civ. art. 1252.

Digitized by Google

§ 164. Succession des Käufers.

Mannigfache Schwierigkeiten bietet nach der gewöhnlichen Ansicht ein dritter Fall der hypothekarischen Succession. Der Käufer, welcher vom Schuldner eine mit Hypotheken belastete Sache erwirbt und sich ausbedingt, daß der Kaufpreis zur Abzahlung einer Vorhypothek verwendet werde, tritt in die Rechte des abgefundenen Gläubigers. Es ist einleuchtend, daß auch diese Art der Succession höchst billig ist und daß sie sich eng an den Fall anschließt, in welchem ein Capitalist sich wegen der Abfindung von Vorhypothekarien ein Pfandrecht bestellen läßt; die in der Mitte stehenden Pfandgläubiger sollen sowenig auf Kosten eines spätern Eigenthümers als eines Nachhypothekars einen Gewinn machen. Wie aber stimmt dieser Eintritt des Eigenthümers in die Rechte eines Pfandgläubigers mit den allgemeinen Grundsätzen des Rechts, mit der juristischen Logik?

Die gewöhnliche Ansicht nimmt auch hier, wie bei den oben besprochenen Successionsarten, einen Uebergang des alten Pfandrechts auf den Successor an, und sie findet kaum ein Bedenken daran, daß sie dadurch nach jeder Richtung hin gegen juristische Principien verstößt; so gesteht Göschen (Vorles. Bd. 2, S. 363) ganz naiv und allen Ernstes: „In diesem Fall concurrirt eine Menge von Anomalien. Einmal der Käufer succedirt in das Pfandrecht, ohne daß die Forderung auf ihn überginge, ja es kann sein, er hat auch keine eigene Forderung. Sodann die Succession erfolgt ohne alles Zuthun von Seiten dessen, dem succedirt wird. Endlich, der Käufer ist nun Eigenthümer und Pfandgläubiger zugleich.

Eine Ansicht, die zu solchen Consequenzen führt, verurtheilt sich selbst; sie verkennt ihre Aufgabe die einzelne Erscheinung mit dem System des Rechts in Uebereinstimmung aufzufassen.

Wir müssen den umgekehrten Weg einschlagen und so kommen wir zum Resultate; die Forderung des Vorhypothekars wurde durch die Zahlung von Seiten des Käufers getilgt, damit ging auch das zu ihrem Schutz bestellte, alte Pfandrecht unter und lebt nicht wieder auf. Auch ein neues Pfandrecht entsteht nicht in der Person des Käufers, einmal weil man nicht zu gleicher Zeit Eigenthum und Pfandrecht an derselben Sache erwerben kann und dann, weil der Käufer eine Forderung nicht hat, die durch ein Pfandrecht geschützt werden könnte. Was kann demnach die Bedeutung der hypothekarischen Succession des Käu-

Digitized by Google

fers ſein? Nichts Anderes, als daß ſein Eigenthumsrecht eine dem getilgten Pfandrecht gleiche Stellung einnimmt, daß es namentlich den Rang gegenüber von Nachhypotheken erhält, den das abgezahlte Pfandrecht hatte. Nur deßhalb ſprechen die Römer aus, daß der Käufer in das jus der abgezahlten Pfandgläubiger ſuccedire.

Zur Sicherung dieſes Rechts bedarf aber der Käufer der Fiction eines Pfandrechts nicht; er kann ſich nicht eine actio hypothecaria erbitten, die hier durchaus ohne Fundament wäre, das Recht ſchützt den Käufer durch weit einfachere Mittel in dem Privilegium der Priorität. War er im Beſitz, ſo gewährte man ihm gegen die Klage nachſtehender Pfandgläubiger und deren Succeſſoren eine Einrede (etwa si Lucius Titius, cui ante pignoris nomine res fuit obligata Ni. Ni. pecunia dimissus non est); waren die Nachhypothekare durch einen Zufall in Beſitz gekommen, ſo ſtellte er ſeine Vindication oder Publiciana in rem actio an und replicirte auf die Einrede des Pfandrechts, daß er den Vorhypothekar abgefunden habe.

So erklärt ſich wie Alexander Sever neben die successio in jus ſofort die justa defensio ſtellt, die ſie erzeugt.

> l. 3 C. de his, qui in prior. cred. 8, 19. Alexander A. Valent. Si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt, quibus obligata fuit possessio, quam emisse te dicis, ita ut pretium perveniat ad eosdem creditores, in jus eorum successisti et contra eos, qui infirmiores illis fuerunt, justa defensione te tueri potes.

Und nur dieſe Seite hebt hervor Paulus libro 6 resp. l. 17 D. qui pot. 20, 4.

> Eum, qui a debitore suo praedium comparavit eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit.

Dem nachſtehenden Gläubiger bleibt es übrigens unbenommen dem Käufer die dem Vorhypothekar gezahlten Summen zu offeriren [1]) und ſo die Einreden und Replicationen deſſelben zu entkräften. Der Nachhypothekar, deſſen Stellung durch die Abfindung der Vorgänger nicht verbeſſert werden ſoll, aber auch nicht verſchlechtert werden kann, ſteht in dieſer Beziehung ganz anders da als der Schuldner, der die Sache verkauft hat, und dem die Auslöſungsbefugniß der Sache natürlich damit

1) l. 1 C. si antiq. credit. 8, 20. l. 3 §. 1 D. de distr. pign. 20, 5.

Digitized by Google

für immer entzogen ist. Ueberhaupt tritt der Käufer nur gegenüber den Nachhypothekarien, nicht gegenüber dem Schuldner an die Stelle des abgefundenen Pfandgläubigers. Der abgefundene Hypothekar war dem Schuldner verantwortlich, er mußte stets der Auflösung durch den Schuldner gewärtig sein, der Käufer hat ein völlig selbstständiges, nicht mehr ablösbares Recht. Es bedarf daher kaum der Bemerkung, daß der Vormund, welcher verpfändete Mündelsachen ohne Decret verpfänden kann, wenn dadurch ältere auf der Sache lastende Pfandrechte getilgt werden, dieselbe nicht unter gleichen Bestimmungen verkaufen kann und daß er sich nicht durch die Behauptung schützen kann, das Eigenthum des Käufers sei an die Stelle des alten Pfandrechts getreten.

Betrachten wir, nachdem wir die Wirkungen der Succession des Käufers zu bestimmen suchten, noch deren Erfordernisse, so sind die Grundsätze, die wir oben beim Abfindungsgeschäft entwickelten, auch hier maßgebend.

Der Käufer muß von vornherein die Abzahlung der Vorhypotheken mit dem Kaufpreis ausgemacht haben, wie der abfindende Hypothekar eine Verwendung seines Darlehens zu diesem Zweck bedungen haben muß. Es genügt daher zur Succession nicht, wenn der Schuldner später freiwillig den eingezahlten Kaufpreis zur Tilgung von Hypotheken, die auf der verkauften Sache lasten, verwendet. Ebensowenig ist eine Succession dann anzunehmen, wenn die Abfindung zwar erfolgte, aber nicht aus dem Kaufpreis selbst oder einem Aequivalent des Kaufpreises. Daher tritt sie namentlich dann nicht ein, wenn der Pfandschuldner schon vor dem Eingehen der Kaufsumme aus eigenen Mitteln den Vorhypothekar befriedigte und sich nachher erst die Kaufsumme von dem Käufer der veräußerten Pfandobjecte bezahlen ließ. Es kann regelmäßig in einer derartigen Befriedigung des ersten Pfandgläubigers von Seiten des Pfandschuldners, welcher hierdurch nur eine ihm obliegende Verbindlichkeit erfüllte, eine negotiorum gestio für den Pfandkäufer nicht gefunden werden [2]).

---

2) Erwägungen des O.-A.-G. zu Darmstadt, 22. Sept. 1854 (Archiv für prakt. Rechtsw. Bd. 2 S. 452) in Bezug auf folgenden Fall: B. hatte der Wittwe des N. für eine Capitalschuld mehrere Gütertücke verpfändet, nachher aber dem H. eine Nachhypothek hierauf bestellt. B. veräußerte dann später die verpfändeten Güter an A. W. und war hierbei letzterer in dem Kaufbriefe landgerichtlich angewiesen wor-

Digitized by Google

In einem Punkt unterscheiden sich aber, wie die Quellen hervorheben, die Erfordernisse der Succession des Käufers und des Capitalisten, der zum Zweck der Abfindung des Vorgängers ein Darlehen macht. Dieser muß sich ausdrücklich eine Hypothek bestellen lassen, der Käufer hat dies nicht nöthig[3]). Ein solcher Unterschied wäre unbegreiflich und rein willkührlich, wenn es sich bei der hypothekarischen Succession um einen Vorbehalt des alten Pfandrechts handelte. Warum sollte in dem einen Fall eine ausdrückliche Reservation nöthig sein, im andern nicht. Von unserem Standpunkt aus erklärt sich der Unterschied leicht. Nur zwischen dinglich Berechtigten kann die Frage des Rangs in Betracht kommen, nur sie können mit einander concurriren; der Käufer erhält in Folge seines Vertrags und der Tradition ohne weiteres Eigenthum und an dieses dingliche Recht kann sich die Priorität anheften; der abfindende Capitalist muß sich erst noch ein Pfandrecht constituiren lassen, damit er mit in die Schranken treten kann.

Die Succession des Käufers tritt übrigens nicht nur in dem erwähnten Fall ein, auf welchen die Quellen ausschließlich aufmerksam machen. Sie muß auch dann angenommen werden, wenn der Erwerber der Sache, nachdem er dem Schuldner den Kaufpreis bezahlt hat, aus eigenen Mitteln Vorhypotheken, die auf seiner Sache ruhen, tilgt; dieses Successionsrecht steht auf einer Linie mit dem Successionsrecht des nachstehenden Pfandgläubigers, der in Folge des jus offerendi Vorhypotheken tilgt. Auf dieses jus offerendi werden wir zunächst unsere Aufmerksamkeit richten.

---

den, die Capitalschuld an die Vorhypothekargläubigerin abzutragen. Einige Zeit nachher erhob B. durch den Bürgermeister W. einen ausstehenden Cessionspreis für — und zwar dem Nachhypothekargläubiger — abgetretene Kaufschillingsforderungen, bezahlte hiermit durch den Bürgermeister W. die Vorhypothekargläubigerin, ließ sich dann durch den Pfandkäufer die Kaufsumme auszahlen und reiste mit dem so eingenommenen Gelde nach Amerika. Das O.-A.-G. ließ in diesem Fall die Pfandklage des zweiten Pfandgläubigers gegen den Pfandkäufer zu und verwarf den Einwand der Succession — von Rechtswegen.

3) l. 3 D. quae res pign. 20, 3, „quo casu emtoris causa melior efficietur."

Digitized by Google

§ 165. Das jus offerendi et succedendi des zweiten Pfandgläubigers.

Der Grundgedanke der bisher betrachteten Succeſſionsfälle war, es tritt auf Grund einer Convention mit dem Schuldner ein neues, von dieſem bewilligtes, dingliches Recht an die Stelle eines alten untergegangenen Forderungs- und Pfandrechts, dieſe neue Berechtigung erhält in Folge allgemeiner Rechtsregeln Rang und Stellung des alten. Alles dies ſcheint nun aber nicht zu paſſen für die Oblation des nachſtehenden Pfandgläubigers. Denn der Nachhypothekar tritt in Folge der Oblation der Schuldſumme an den Primus in deſſen Stelle ein, ohne daß eine Verhandlung mit dem Schuldner, eine Zuſtimmung deſſelben zur Abfindung des Vorgängers coincidirt. Hier alſo ſcheint ſich ein neues Pfandrecht nicht zu finden, das an die Stelle des alten tritt, ſich vielmehr in anomaler Weiſe ein Uebergang der Forderung des Primus auf den Secundus zu vollziehen [1]). Wäre dies nun richtig, ſo wäre unſre Auffaſſung in ihren Grundveſten erſchüttert [2]). Wenn unſer Princip ſich nicht in allen Fällen der Succeſſion bewährt, ſo hat es die Probe nicht beſtanden. Wir müßten uns damit begnügen, daß die Succeſſion von anomalem Charakter ſei und einer einheitlichen Idee und Conſequenz entbehre. In Wahrheit aber glauben wir auch beim jus offerendi des Nachhypothekars die beiden Elemente der hypothekariſchen Succeſſion nachweiſen zu können, die uns bis jetzt ſtets begegneten. Auch hier läßt ſich die Entſtehung einer neuen Forderung und einer neuen pfandrechtlichen Befugniß, ſowie der Eintritt derſelben in den Rang eines untergegangenen Pfandrechts darthun. Dies ſoll im Folgenden näher nachgewieſen werden.

1. In Folge der Oblation des nachſtehenden Pfandgläubigers wird

---

1) So Bartolus in l. Aristo D. quae res pign. 2 qu. Negusantius p. V. m. 3 n. 10. Mühlenbruch Ceſſion S. 463. Linde in ſ. Zeitſchr. Bd. V. S. 291. Glück Pand. Bd. 19 § 1097. Puchta Pand. § 213 not. f. Arndts Pand. § 388 u. A.

2) Keine Löſung wäre es, was Windſcheid Pand. I. S. 613 als Conſequenz meiner Anſicht zu unterſtellen ſcheint, die Verbeſſerung der Lage des offerirenden Nachhypothekars unter Feſthalten der Thatſache des Untergangs des alten Rechts durch Annahme eines dem Offerenten zugetheilten geſetzlichen neuen Pfandrechts zu erklären, welches nun ohne Forderung eine eigne ſelbſtſtändige Exiſtenz hätte. Es läge in der Schöpfung einer ſolchen Rechtsgeſtaltung eine ſchreiende Anomalie, eine Singularität, welche im römiſchen Rechte ohne Anhalt und ohne Beiſpiel wäre.

Digitized by Google

— hierüber ist eine Täuschung nicht möglich — die Forderung des ersten Gläubigers getilgt, die alte Schuld wird als gezahlt, nicht als verkauft betrachtet. Man beachte folgende Stellen l. 12 § 5 D. qui pot. 20, 4 in debitum et usuras quas solvit. l. 1 C. qui pot. 8, 18 si priori creditori debitam quantitatem solverit. l. 5 C. eod. si tu ei omne, quod debetur, solveris. l. 8 C. eod. nisi debita fuerit soluta quantitas [3]). Die Schuld ist gezahlt, also Forderung und Pfandrecht erloschen; der vorgehende Pfandgläubiger ist, wie die Quellen bezeugen, seines Rechts entsetzt (dimissus) l. 1 pr. D. de distr. pign. 20, 5. l. 16 D. qui pot. 20, 4. Die Pfandsache ist von der alten Last befreit, in eam summam, qua eum liberavit l. 12 § 12 D. de captivis 49, 15. Die Forderung, die der Offerent erwirbt, ist also eine neue, durch die Abfindung, wie in den andern Fällen der hypothekarischen Succession vermittelte. Woher aber kommt ihr der pfandrechtliche Schutz?

Erinnern wir uns, daß nach älterer Rechtsanschauung nur der Gläubiger, dem zuerst eine Sache verpfändet war, ein präsentes Pfandrecht hatte, daß die nachherbewilligten Pfandrechte ursprünglich nur Exspectanzen waren, die erst nach Wegfall des ersten zur Wirksamkeit [4]) gelangten, daß auch noch später, als man das Nebeneinanderstehen mehrerer Pfandrechte für zulässig erachtete, der erste Pfandgläubiger allein das Verkaufsrecht hatte und beliebig den Zeitpunkt des Verkaufs wählen konnte, daß er also durch Vornahme des Verkaufs unter ungünstigen Verhältnissen, Krieg, Aufstand, Geldklemme das Recht des zweiten Gläubigers vernichten konnte, ohne daß diesem ein Widerspruchsrecht zustand. Bei solcher Sachlage war die Befugniß den Vorgänger abzufinden und für die Abfindungssumme pfandrechtlich geschützt zu sein ein wesentlicher Bestandtheil des Rechts des Nachhypothekars, so daß Marcian geradezu ausspricht [5])

> et omnino secundus creditor nihil aliud juris habet, nisi ut solvat priori et in locum ejus succedat.

Es läßt sich daher unterstellen, daß der Nachhypothekar ursprünglich in der Regel durch einen besondern Vertrag sich das Recht vor-

3) Man vergleiche Stellen, die von einer Verpflichtung zur Cession reden. l. 19 D. qui pot. 20, 4. Quaero an, si ei justus possessor offerat, compellendus sit, jus nominis cedere? Respondi non videri injustum postulare.

4) oben S. 479 ff.

5) l. 12 § 9 D. qui pot. 20, 4.

Digitized by Google

behielt, den Vorgänger abzufinden und sich zugleich im Voraus das Pfandobject wegen der Abfindungssumme verpfänden ließ. Diese bedingte Verpfändung, könnte man nun annehmen, sei später als zum Wesen der Nachhypothek gehörig und als ohne weiteres in der zweiten Pfandconvention enthalten betrachtet worden.

Doch dieser Stütze in einem präsumirten Vertrag bedarf es nicht. Das jus offerendi et succedendi folgt aus der Structur des Pfandrechts unmittelbar, selbst wenn eine auf Constituirung dieses Rechts gerichtete Intention des Verpfänders nicht vorhanden war[6]). Die Abfindung einer Vorhypothek bildet nämlich eine Verwendung auf die Pfandsache, deren juristische Stellung hierdurch verbessert wird. Diese Abtragung aber erscheint eben in Folge der prekären Natur des Rechts des Nachhypothekars als eine Auslage, die durch das Pfandverhältniß veranlaßt, ja geboten ist. Erstattung solcher Verwendungen kann vom Gläubiger mit der actio pigneratitia in personam gefordert werden; es erstreckt sich — was grade für uns wichtig ist — der pfandrechtliche Schutz nicht nur auf das ursprüngliche creditirte Capital, sondern auch auf Verwendungen durch den Pfandgläubiger. Diese Erweiterung der Pfandhaftung bezeugt Pomponius in einer bekannten Stelle.

> l. 8 § 5 D. de pign. act. 13, 7. Quum pignus ex pactione venire potest, non solum ob sortem non solutam venire poterit, sed ob caetera quoque, veluti usuras et quae in id impensa sunt.

Zunächst denkt man bei diesen Verwendungen — und mit Recht — an nothwendige und bis zu gewissem Grade an nützliche Auslagen, welche den materiellen Zustand der Pfandsache verbesserten, als da sind: Reparaturen von Gebäuden, Arzneikosten wegen verpfändeter Thiere u. s. f. Aber auch anderweitige Auslagen gehören hierher. Namentlich wird uns bezeugt, daß das Pfand die Auslage für Abgaben decke, welche der Pfandgläubiger für dasselbe entrichtete[7]). Es ist gerechtfertigt noch einen Schritt weiter zu gehen; den gleichen Grundsatz auf das Verhältniß zu übertragen, mit dem sich unsre Untersuchung beschäf-

---

6) Daher hebt Marcian hervor l. 12 § 6 D. qui pot. 20, 4 rem teneri etiam, invito debitore tam in suum debitum quam in primi creditoris.

7) l. 6 C. de pignor. 8, 14. In summa debiti computabitur etiam id quod propter possessiones pignori datas ad collationem viarum muniendarum vel quodlibet aliud necessarium obsequium praestitisse creditorem constiterit.

Digitized by Google

tigt. Der Nachhypothekar hat durch die Abfindung der Vorhypothek ebenso wie wenn er die auf der Sache lastenden Abgaben tilgte, im Interesse der Erhaltung und Consolidirung seines Rechts, eine Aufwendung gemacht, diese aber soll nicht dem Verpfänder auf Kosten des Pfandgläubigers Vortheil bringen, sondern wirkt zu Gunsten des Aufwendenden. Die Pfandhaftung erstreckt sich daher jetzt auch auf die zur Tilgung der Vorhypothek ausgelegte Summe.

2) So vergrößert sich die versicherte Summe um den Betrag, welchen der Nachhypothekar aufgewendet hat. Gleichzeitig rückt aber auch das Pfandrecht des Abfindenden in entsprechendem Maaße[8]) an die Stelle des dimittirten. Durch den Wegfall des Letzteren würde sich an und für sich die Lage der Zwischenhypothekarien verbessern; da aber auch diese auf Kosten des Nachhypothekars, welcher die Abfindung vornahm, einen Gewinn nicht machen sollen, so müssen sie sich gefallen lassen, daß derselbe an die Stelle des Abgefundenen tritt, so daß ihre Lage doch bei der ganzen Operation — was das Wünschenswerthe und Billige ist — nicht im geringsten verändert wird [9]).

Diese Auffassung des Verhältnisses stimmt allein mit der Ausdrucksweise der Quellen. Durchaus ist es den römischen Juristen das alte, dem Nachhypothekar längst zustehende Pfandrecht, welches sich durch Eintritt in den Rang und die Stellung des Abgefundenen verbessert. Nirgends deuten sie an, daß sich die Vorhypothek nur mit der nachstehenden in einer Hand vereinige.

---

8) Der Abfindende erhält natürlich nur für die Summe Prioritätsrechte, welche dem Betrag der getilgten Schuld entspricht: l. 16 D. qui pot. 20, 4 Plane quum tertius creditor primum de pecunia sua dimisit, in locum ejus substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit. Auch in andern Fällen der hypothekarischen Succession kann es vorkommen, daß das alte Pfandrecht für den einen Betrag eine bessere, für einen andern eine weniger gute Stellung hat l. 12 § 5 D. qui pot. 20, 4.

9) Eigenthümlich liegt der Fall der l. 12 § 9 D. qui pot. 20, 4 si tertius creditor pignora sua distrahi permittit ad hoc, ut priori pecunia soluta in aliud pignus priori succedat, successurum eum Papinianus libro undecimo responsorum scribit. Nicht aus dem Vermögen, aber doch in Folge einer Concession des Tertius und auf Grund eines von ihm gebrachten Opfers wird Primus abgefunden. Dieses Opfer soll nun nicht dem Secundus zu Gute kommen, sondern dem Tertius, dieser rückt also mit seinem Pfandrecht in den Rang des Primus ein. Selbstverständlich ist, daß er weder die Forderung noch das Pfandrecht des Primus erhält.

Digitized by Google

l. 1 C. qui pot. 8, 18. Qui pignus secundo loco accepit, ita jus suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit.

Noch entschiedener aber sind Stellen wie

l. 5 C. eod. Si tu illi (priori creditori) omne, quod debetur, solveris, pignoris tui causa firmabitur.

l. 22 C. de pign. 8, 14. Secundus creditor offerendo priori debitum, confirmat sibi pignus.

l. 12 § 12 D. de captivis et postliminio 49, 15. Cum posterior priori satisfacit, confirmandi sui pignoris causa.

l. 6 D. de distr. pign. 20, 5 servandi sui pignoris causa videtur pecuniam dedisse.

Indirecte aber unzweideutige Bestätigung unsrer Auffassung findet sich in folgenden Entscheidungen römischer Juristen. In der l. 12 § 6 D. qui pot. 20, 4 behandelt Marcian die Frage, inwieweit der Offerent dem Schuldner von der ausgelegten Summe Zinsen berechnen könne, folgendergestalt:

Sciendum est secundo creditori rem teneri etiam invito debitore tam in suum debitum, quam in primi creditoris. Sed tamen usurarum, quas creditori primo solvit, usuras non consequetur. Non enim negotium alterius gessit, sed magis suum et ita Papinianus libro tertio responsorum scripsit et verum est.

Es bestand offenbar ein Zweifel, ob der Offerent auch dann von der vollen Auslage Zinsen fordern könne, wenn er dem Vorgänger nicht nur Capital, sondern auch Zinsen abgezahlt hatte. Schon dieser Zweifel beweist, wie uns scheint, daß man die Rechte des Offerenten nicht auf eine wirkliche oder gesetzliche Cession der alten Forderung stützte. Das war auch dem Nichtjuristen klar, daß der Erwerber einer fremden Forderung nicht mehr Rechte exerciren konnte als der Cedent, daß die Summe, um die er das Recht an sich gebracht hatte, für den Schuldner von keiner Bedeutung war, daß dieser also nicht den vom Erwerber gezahlten Kaufpreis, sondern die ursprüngliche Schuldsumme zu verzinsen habe. Hierzu hätte es der Autorität Papinians nicht bedurft.

Ganz anders, wenn die Auslage des Nachhypothekars für den Schuldner die Basis seiner Ansprüche bildete. Der negotiorum gestor

Digitized by Google

berechnet Zinsen von der Summe, die er verwendete und wird, auch wenn er Zinsen abtrug, aber hierdurch größere Nachtheile vom Schuldner abwendete, verlangen können, daß ihm der Gesammtbetrag der Auslage verzinst werde [10]). Eine solche Berechnung auch in unserm Fall aufzustellen, wäre daher nicht ohne allen civilistischen Grund gewesen. Sie wird indessen verworfen, weil die Abfindung nicht im Interesse des Schuldners sondern zum Vortheil des offerirenden Gläubigers selbst geschah — magis suum negotium gessit — [11]). Ihre Illustration erhalten diese Worte durch eine Vergleichung mit einer Bemerkung Julians in der l. 6 § 3 D. de neg. gest. 3, 5.

> Sed et si quis negotia mea gessit, non mei contemplatione, sed sui lucri causa Labeo scripsit suum eum potius, quam meum negotium gessisse ... Ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit non in id, quod ei abest, quia improbe ad negotium meum accessit, sed in quod ego locupletior factus sum, habet contra me actionem.

Der offerirende Pfandgläubiger tritt allerdings nicht improbe zu dem Geschäft hinzu. Aber auch er besorgt es nicht im Interesse des Verpfänders sondern zu eignem Vortheil, deßwegen kann er nur das in Anrechnung bringen, um was der Schuldner entlastet ist.

In kurzen Worten entscheidet die gleiche Frage, welche Marcian beschäftigt, Diocletian

> l. 22 C. de pignoribus 8, 14. Secundus creditor offerendo priori debitum confirmat sibi pignus et a debitore sortem ejusque tantum usuras, quae fuissent praestandae, non etiam usurarum usuras accipere [12]) potest.

Man glaubt fast Worte Papinians zu hören. Nur wegen der Zinsen, die dem ersten Pfandgläubiger hätten gezahlt werden müssen, hat nach dieser Verordnung der Gläubiger Anspruch. Sie supponirt offenbar, daß die Forderung des Vorgängers nicht mehr be-

---

10) l. 37 D. de usuris 22, 1. cfr. l. 18 C. neg. gest. 2, 19 ob negotium alienum gestum sumtuum factorum usuras praestari bona fides suasit. l. 19 § 4 D. de neg. gest. 3, 5. — In Bezug aufs Mandat cfr. l. 12 § 9 D. mandati 17, 1. l. 1 C. eod. 4, 35. Paul. sent. II. 15, 2.

11) cfr. l. 42 D. de p. a. 13, 7.

12) Andre lesen petere siehe Hermann im Kriegelschen Corpus juris ad h. l.

Digitized by Google

stehe. Unsere Auffassung wird ferner wesentlich unterstützt durch l. 12 § 12 D. de captivis 49, 15. Bekanntlich erhielt der Römer, welcher einen in die Gefangenschaft der Feinde gerathenen Sklaven eines Römers zurückkaufte, an demselben Eigenthum [13]), bis ihm der ausgelegte Kaufpreis zurückerstattet war; inzwischen blieben die vor der Gefangenschaft an jenem Sklaven bestehenden dinglichen Rechte suspendirt. Doch konnte der frühere Pfandgläubiger das jus offerendi dem Käufer gegenüber exerciren. Dieses Verhältniß erörtert nun Tryphonimus in der angeführten Stelle:

> Si pignori servus datus fuerat ante captivitatem post dimissum redemptorem in veterem obligationem revertitur et si creditor obtulerit ei, quanto redemptus sit, habet obligationem et in propriorem debiti causam et in ea summa, qua eum liberavit, quasi ea obligatione quadam constitutione inducta, ut cum posterior creditor priori satisfacit confirmandi sui pignoris causa; nisi quod in hoc conversa res est et posterior [14]) — quia eum servum ut apud nos esset, efficit — ab eo, qui tempore prior fuit, ut infirmiore dimittendus est.

Wenn das jus offerendi die Befugniß mit sich führte, ein vorgehendes Forderungs- und Pfandrecht in seiner Integrität zu erwerben und mit dem vom Schuldner begründeten zu vereinigen, so würde man consequent zur Annahme geführt, der zweite Pfandgläubiger erhalte in Folge der Oblation das Eigenthum des Redemptor, er erhalte mindestens die Cession der dem Abgefundnen zustehenden rei vindicatio. Anders behandelt Tryphonin das Verhältniß. Er nimmt an, das Recht des Redemptors erlösche völlig, der Sklave werde von diesem Nerus befreit: das frühere Pfandrecht trete dagegen in Wirksamkeit, jetzt aber nicht bloß für die alte Obligation, sondern für die Summe, durch welche der Redemptor abgefunden wurde. Dies ist aber um so bezeichnender als Tryphonin selbst das Verhältniß mit dem jus offerendi des Nachhypothekars zusammenstellt und nur den — für uns zunächst unwesentlichen — Unterschied hervorhebt, daß dort der Inhaber des späterbegründeten, hier der des ältern Rechts zur Abfindung schreitet.

---

13) l. 12 § 7 D. de captivis 49, 15.

14) Nach posterior findet sich der Zusatz qui apud nos esset prior, der kaum von Tryphonin selbst herrühren mag.

Digitized by Google

§ 166. Detailfragen.

Es erübrigt noch eine Reihe von Detailfragen in Bezug auf Voraussetzungen und Wirkungen des jus offerendi und succedendi des zweiten Pfandgläubigers zu beantworten. Bei diesen schwierigen und vielfach bestrittenen Fragen wird es uns nicht wenig zu Gute kommen, daß wir von einer festen, durch allgemeine Principien getragenen Grundlage ausgehen können.

1) Die Oblation Seitens des Nachhypothekars an den Vorgänger ist, dies war die Basis unserer Erörterung, nichts anderes als Angebot der Zahlung anstatt und für den Schuldner. Es ergiebt sich daher von selbst, daß jener Vorgänger zur Annahme nur dann verpflichtet ist, wenn er auch vom Schuldner selbst Zahlung anzunehmen gehalten wäre. Ist die Forderung betagt, so gilt bekanntlich im Zweifel der Termin ausschließlich als zu Gunsten des Schuldners zugefügt; daher kann der Nachhypothekar wie der Schuldner die Forderung auch vor Herankommen des Termins abzahlen. Wäre dagegen zu Gunsten des Gläubigers Stehenbleiben der Forderung während bestimmter Zeit ausgemacht, so könnte auch der Nachhypothekar in der Zwischenzeit nicht offeriren. Wie aber wenn die Schuld des Primus bedingt ist und der Nachhypothekar verlangt, während die Bedingung noch schwebt, zu offeriren. Da Jenem in der Zwischenzeit noch nichts geschuldet ist, so ist strenggenommen eine Zahlung noch unmöglich [1]). Gleichwohl fehlt es dem eventuellen Gläubiger an einem Interesse sich der Annahme der Schuldsumme oder wenigstens der Deposition derselben zu widersetzen, wenn der Nachhypothekar sich zum Angebot des vollen Betrags der künftigen Schuld entschließt, auf die Gefahr hin, denselben bei Ausfallen der Bedingung mit einer condictio sine causa zurückfordern zu müssen. Im Fall einer solchen Deficienz kann sich der Offerirende das Ausgelegte natürlich nicht aus dem Pfanderlös zurückerstatten. Dagegen wird er auf Grund seines eventuellen Anspruchs, wenn er als Secundus verkaufte, einen entsprechenden Theil des Erlöses, bis sich die Bedingung des Rechts des Primus entscheidet, als Caution zurückhalten können.

Kaum der Erwähnung bedarf es, daß nur ein solches Angebot von Seiten des Nachhypothekars genügt, welches sich über die ganze For-

---

13) l. 13 § 5 D. de pign. 20, 1.

Digitized by Google

derung des Primus mit Zinsen und Verwendungen erstreckt [2]). Stückzahlung muß der Creditor vom Nachhypothekar nur annehmen, wenn solche auch dem Schuldner durch besondere Bestimmung freigestellt war [3]). Wäre das Object der Schuld nicht eine Fungible sondern eine Species, so könnte auch der Nachhypothekar nur durch wirkliche Leistung, keineswegs durch Angebot des Werths oder des Interesse den Primus abfinden. Er hat keine größere Facilität anzusprechen als dem Schuldner selbst gewährt wird.

Nimmt der Vorgänger die gehörig angebotene Schuldsumme nicht an, so hat der Nachhypothekar zur Deposition bei einer Behörde oder einer öffentlichen Anstalt zu schreiten [4]). Ist der Erstere am Erfüllungsort nicht anwesend und auch kein berechtigter Vertreter desselben aufzufinden, also eine Oblation unthunlich, so hat der Nachhypothekar das Gericht zur Vorladung des Gläubigers anzugehen und dann zu deponiren [5]).

2) Da das Exerciren des jus offerendi besteht in einer Abtragung einer pfandrechtlichen Forderung für den Schuldner, so setzt es principiell voraus, daß diese Forderung und das ihrem Schutz gewidmete Pfandrecht noch fortdauere.

Doch erleidet dies im folgenden Fall eine Ausnahme. Hat der Schuldner die Pfandsache an den Primus verkauft, so ist dessen Pfandrecht erloschen. Indessen soll dieser Verlust aus Gründen der Billigkeit den Nachhypothekarien keinen Vortheil bringen, Primus vertheidigt sich gegen dieselben immer noch in gleicher Weise, wie wenn er noch Pfandgläubiger wäre. Aber umgekehrt muß er sich auch gefallen lassen, in der Weise von den Nachhypothekarien behandelt zu werden, wie wenn der Eigenthumsübergang nicht vorgekommen wäre [6]). Natürlich erhielt der offerirende Nachhypothekar nicht das Eigenthumsrecht des

---

2) l. 5 C. qui pot. 8, 18. l. 41 § 1 D. de usuris 22, 1. l. 19 C. eod. 4, 32.

3) Ein Vorzugsrecht vor dem Primus konnte hier der Offerirende nicht beanspruchen, siehe oben S. 512 ff.

4) l. 1 C. qui pot. in pignore 8, 18. Severus et Antoninus. Qui pignus secundo loco accepit, ita jus suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit aut quum obtulisset isque accipere noluisset, eam obsignavit et deposuit nec in usus suos convertit.

5) l. 6 C. de usuris 4, 32 absente vero creditrice praesidi super hoc interpellare debueras.

6) l. 1 C. si antiquior creditor 8, 20.

Digitized by Google

Primus, vielmehr erstreckt sich jetzt nur sein Pfandrecht auf den Betrag der diesem erstatteten Summe. Von der gewöhnlichen Ansicht aus, welche das jus offerendi aus einem Uebergang der Forderungsrechte des Abgefundenen auf den Abfindenden erklärt, erscheint es schwer begreiflich, wie die Forderung, welche dem Primus, der statt derselben die Sache erhielt, nicht mehr zustand, auf den Nachhypothekar übergehen soll. — Verkauft Primus, der die Sache vom Debitor gekauft hat, diese weiter, so bleibt dem Nachhypothekar gleichwohl die Oblation auch diesem Käufer gegenüber offen, weil Primus nicht als Creditor, sondern auf Grund seines vom Verpfänder erworbenen Eigenthumsrechts verkaufte.

Gehöriger Verkauf des Pfandes durch den ersten Pfandgläubiger vernichtet dagegen, wie wir früher sahen, das Oblationsrecht der Hypothekarien Nur wenn er ohne Beobachtung der Formalien oder vor der Zeit verkaufte, bleibt das Oblationsrecht des Schuldners wie der Nachhypothekarien bestehen.

3) Man hat wohl die Frage aufgeworfen, ob sich der Offerent, um das jus offerendi auszuüben, als Nachhypothekar dem Vorgänger gegenüber legitimiren müsse. Bei einer richtigen Auffassung des Verhältnisses erledigt sich diese Frage von selbst.

Die Oblation ist dem Vorhypothekar gegenüber nichts anderes als ein Zahlungsangebot. Dieses aber kann nicht nur der Schuldner, nicht nur ein Nachhypothekar vornehmen, vielmehr ist Jeder zu demselben auch ohne den Willen des Schuldners berechtigt, selbst wenn er ein rechtliches Interesse an diesem Act nicht nachweisen kann [7]). Der Offerirende muß sich daher keineswegs als Nachhypothekar legitimiren, dem Primus muß ein vollständiges Zahlungsangebot genügen [8]). Aber freilich geschieht die Oblation auf Gefahr des Offerenten. Hätte dieser kein dingliches Recht an der dem Abgefundenen verpfändeten Sache, so würde in seiner Hand kein Recht existiren das sich verbessern könnte; er könnte also in des Abgefundenen Rechte nicht succediren, die Zahlung hingegen bliebe nichtsdestoweniger bestehen. Hätte der Offerent nur ein bedingtes

---

7) l. 23 D. de solut. 46, 3. Solutione vel judicium pro nobis accipiendo et inviti et ignorantes liberari possumus l. 40. l. 53 D. eod. l. 5 C. eod. 8, 43. l. 39 D. de neg. gest. 3, 5. cfr. l. 12 § 1 D. q. m. p. s. 20, 6. a. Anf. Bachofen Pfandr. S. 498 Anm. 3.

8) Verlangt aber der Offerent Herausgabe des Pfandes vom Abgefundenen und stellt zu diesem Zwecke die actio hypothecaria an, so muß er sich als Nachhypothekar legitimiren.

Digitized by Google

Pfandrecht, ſo wäre ihm gleichfalls die Abfindung des Vorgängers möglich, aber wenn die Bedingung des eignen Pfandrechts nicht eintritt, dann fehlt es an einer Hypothek, die confirmirt und verbeſſert werden könnte.

Ein Succeſſionsrecht erhält dagegen auch der ehemalige Pfandgläubiger, welcher die Pfandſache vom Schuldner eigenthümlich erwarb, etwa Tertius, der ſich die Sache erkaufte, er kann dem Primus offeriren und ſich in Folge der Oblation ſolange dem Secundus gegenüber ſchützen, bis dieſer ihm die an den Primus ausgelegte Summe zurückerſtattet.

4) Es kann umgekehrt fraglich werden, ob der Vorhypothekar, welchem der nachſtehende Gläubiger offeriren will, zu Angaben und Nachweiſen über die Größe ſeiner Forderung genöthigt werden kann, wenn deren Umfang ungewiß und zweifelhaft iſt. An und für ſich exiſtirt hierzu keinerlei Verpflichtungsgrund [9]). Der Nachhypothekar hat ſich vielmehr an den Verpfänder zu wenden und kann von dieſem — nöthigenfalls unter Anwendung der actio pigneratitia in personam — Mittheilung über den Schuldſtatus erlangen. Beſitzt aber der Primus, ſo kann der Secundus auch durch Erhebung einer actio hypothecaria dieſen zur Berufung auf ſeine Hypothek und indirect zum Nachweis der Größe ſeiner Forderung nöthigen; beſitzt Secundus, ſo könnte er heutzutage, wenn Primus den angebotenen Betrag nicht annimmt und ſich weigert eine Generalquittung zu geben, denſelben durch die „provocatio ex lege diffamari“ zur Klaganſtellung zwingen. —

5) Da die Succeſſion in die Rechte des Vorhypothekars nicht auf Grund eines Geſchäfts des Abfindenden mit dem Abgefundenen erfolgt, ſo ſteht der Letztere dem Erſteren nicht für Eviction ein, wenn ſich künftig ſeine Forderung oder ſein Pfandrecht als nicht exiſtirend herausſtellt. Beſtand gar keine Forderung des angeblichen Primus, ſo kann der Nachhypothekar eine condictio indebiti auf Rückforderung des Gezahlten erheben. Exiſtirte die Forderung, aber kein ſie deckendes Pfandrecht, ſo fehlt dem Zahlenden jedes Mittel der Anfechtung, es ſei denn ein Dolus des angeblichen Primus nachweisbar, ſo daß die actio doli aushilft. Nicht haltbar wäre die Behauptung, der Debitor habe unter der Bedingung der Exiſtenz einer Vorhypothek gezahlt; denn der

9) Eine directe Klage ſcheint Anton Faber Cod. Fabr. 8, 8 def. 12 dem Offerenten gegen den Vorgänger behufs Feſtſtellung von deſſen Forderung geben zu wollen.

Digitized by Google

Gläubiger war nicht gehalten, eine bedingt geleistete Zahlung anzunehmen.

6) Die Forderung des Abfindenden ist nicht, hiervon sind wir immer ausgegangen, die des Abgefundenen, denn diese ist für immer getilgt [10]). Vielmehr erwächst dem Offerenten ein neues selbstständiges Recht aus der Abfindung, welches nur den Rang des untergegangenen Pfandrechts einnimmt. Daher kann die Forderung und das Pfandrecht, das nun entsteht, möglicherweise ganz andere Qualitäten haben als das des Abgefundenen.

Denken wir, die bisher auf dem Pfand lastende Forderung war eine tantum naturalis obligatio, so ist doch der Anspruch, den der Offerirende auf deren Abtragung und die Auslage gründet, ein civiler, der mit der actio pigneratitia contraria geltend gemacht werden kann. War das Pfandrecht des abgefundenen Primus mit einer Antichrese verbunden, so geht dies Recht keineswegs auf den offerirenden Nachhypothekar über. Von besonderer Wichtigkeit wird aber unsere Auffassung, wenn die Forderung des Abgefundenen noch durch Bürgen und durch anderweitige Pfänder versichert war, die dem Abfindenden nicht verhaftet waren. Wer davon ausgeht, daß die Forderung des Abgefundenen wie durch Cession auf den Offerenten übergeht, muß ihm nothwendig auch die Ansprüche gegenüber jenen Accessionen zugestehen [11]). Unserer Ansicht nach aber sind jene Bürgen und Pfänder durch die Abzahlung der Forderung des Primus liberirt. Die Accessionen werden mit Rechtsnothwendigkeit befreit, sowie die Forderung, welche sie sicherten, getilgt ist. Nur das Pfand, an welchem dem Offerenten schon vorher eine Nachhypothek zustand, kann er für die Abfindungssumme in Anspruch nehmen.

7) Wir haben bis jetzt die Frage außer Acht gelassen, welche in frühern Bearbeitungen des jus offerendi eine fast dominirende Rolle spielt, ob wie der Nachhypothekar gegenüber dem Vorgänger, so auch umgekehrt der erste Pfandgläubiger gegenüber später locirten Gläubigern zum Offeriren berechtigt ist. Natürlich ist darüber kein Streit, daß Seitens des der Zeit nach vorgehenden, dem Rang nach aber nachstehenden Hypothekars einem zweiten Pfandgläubiger offerirt werden kann,

---

10) Hat der Nachhypothekar den Primus mit weniger abgefunden, als der Nominalbetrag seiner Forderung war, so kann er nur Ersatz seiner Auslage verlangen.

11) Negusantius p. V. m. 3. n. 22.

Digitized by Google

welcher in Folge eines Privilegiums vor ihm den Vorrang hat [12]). Die Frage beschränkt sich auf die Oblation durch einen bessern Hypothekar [13]).

Die justinianeischen Quellen geben ein sicheres Resultat nicht. Zwar stellt Tryphonin in der l. 12 § 12 D. de captivis 49, 15 das jus offerendi als ein Recht dar, welches von dem Nachhypothekar gegen den Vorgänger geübt werde. Aber das fällt nicht allzuschwer in's Gewicht, da dieser Fall der Oblation immerhin der gewöhnliche war. Umgekehrt ist aber auch nicht beweisend

> l. 5 C. qui pot. in pignore 8, 18. Alexander A. Septimio.
>
> Prior quidem creditor compelli non potest, tibi, qui posteriore loco pignus accepisti, debitum offerre, sed si tu illi omne, quod debetur, solveris, pignoris tui causa firmabitur.

Man schließt nicht selten so: wenn der Kaiser leugne, daß Primus vom Secundus zur Abfindung genöthigt werden kann, so gestehe er indirect zu, daß er jenen abfinden dürfe. Eine zwingende Nothwendigkeit hat dieser Schluß nicht. Es kann der zweite Pfandgläubiger, der im gegebenen Fall wohl den Besitz der Pfandsache hatte, an den Kaiser die Frage gerichtet haben, ob er sich gegen die actio hypothecaria in der einen oder andern Weise schützen könne und der Kaiser kann — ohne Hintergedanken — den einen Weg als unzulässig, den andern als zuständig bezeichnet haben.

Dagegen spricht sich principiell über das jus offerendi des ersten Pfandgläubigers Paulus aus in den sententiae II. 13 § 8.

> Novissimus creditor priorem obligatam pecuniam [14]) —

12) l. 3 § 1 D. qui pot. 20, 3. l. 12 § 12 D. de captivis 49, 15.

13) Für das Oblationsrecht im Wesentlichen Negusantius p. V. m. 3 n. 17. Cujacius ad Pauli sent. II. 13 § 8. Leyser med. vol. IV spec. 231 med. 6. Westphal Pfandr. § 176 not. 194. Glück Pand. Bd. 19 S. 355. Gegen dasselbe war u. A. Becmann de succ. cred. in alterius locum Gött. 1784 § 17; in neuerer Zeit aber besonders Zimmern in Lindes Zeitschrift I. S. 53 ff. und Linde eben das. V. S. 290. VI. 215; ferner Fritz Erl. I. S. 528. Sintenis Pfandr. S. 409 ff. Bachofen S. 505 ff. Windscheid Pand. S. 610 Anm. 14. Dagegen sprachen sich wieder für das Recht des Primus aus: Müller Archiv f. c. Pr. Bd. 11 S. 386 ff. und civil. Abh. n. 2, desgl. Vangerow I. § 377.

14) Der Ausdruck prior obligata pecunia hat Anstoß erregt und man hat daher seit Cujacius andere Wendungen zu substituiren gesucht. Insoweit sich durch dieselben am Sinn nichts ändert, mögen dieselben auf ihrem Werthe beruhen.

Digitized by Google

quo possessio in eum transfertur — dimittere potest: sed et prior creditor secundum creditorem, si voluerit, dimittere non prohibetur, quanquam ipse in pignore potior sit.

Diese Entscheidung ist allerdings in das justinianeische Recht nicht übergegangen. Indessen ist sie gleichwohl auch für das praktische Recht von Gewicht. Denn es frägt sich, welches Princip befolgte die römische Jurisprudenz hinsichtlich des jus offerendi des ersten Pfandgläubigers, wie sind die in das justinianeische Recht aufgenommenen Andeutungen zu verstehen, und hierfür kann uns der Ausspruch von Paulus Leiter und Führer sein.

Paulus nun scheint im zweiten Theil der Stelle dem ersten Pfandgläubiger das Abfindungsrecht unzweideutig zuzusprechen. Man hat zwar vielfach versucht seinen Ausspruch anders zu deuten, doch diese Versuche sind nicht gelungen. Man hat dazu gegriffen, den Zwischensatz si voluerit auf den zweiten Pfandgläubiger zu beziehen, so daß Paulus entscheiden würde, der Nachhypothekar könne seine Rechte an den Primus abtreten, falls er dies für gut fände [15]). Doch hierzu bedürfte es des Ausspruchs von Paulus nicht. Auch steht der Satz „si voluerit" und „quanquam" offenbar in einer innern und gegensätzlichen Beziehung, welche durch jene Erklärung verkannt wird. Endlich ist von einer Abtretung der Rechte des Secundus an den Primus nirgends die Rede, sondern nur von einer Abfindung desselben.

Weniger gewaltsam kaum weniger willkührlich ist die Erklärung, wonach Paulus dem ersten Pfandgläubiger das Recht der Oblation nur für den Fall giebt, daß er im Besitz ist [16]) und daß ihm der Secundus, welcher ihm denselben mit der actio hypothecaria entreißen will, offerirt. Hiergegen spricht, daß dieser angeblichen Voraussetzung des Oblationsrechts nirgends in der Stelle gedacht wird. Dazu kommt, daß im ersten Glied der Stelle, wo vom Oblationsrecht des Secundus die Rede ist, geradezu umgekehrt unterstellt ist, daß der Offerent klagend auftritt und den Besitz erst zu erwerben sucht. Zwar sucht Huschke neuerdings auch im ersten Theil der Entscheidung durch eine Conjectur die Sachlage so zu stellen, als sei der Offerent der Beklagte.

15) Zimmern Lindes Zeitschrift Bd. I. S. 54.

16) Linde in s. Zeitschrift Bd. V. S. 290. Fritz Erl. I. S. 528 ff. Bachofen Pfandrecht S. 500. Windscheid l. c.

Digitized by Google

Er lieſt nämlich [17]) novissimus creditor priorem . . ne inique in eum possessio transferatur . . dimittere potest. Allein dieſe Lesart iſt um ſo verwerflicher, weil ſie abweichend vom handſchriftlichen Text, auch mit der Umſchreibung der interpretatio in Widerſpruch ſteht „si posterior creditor priori creditori pecuniam offerat, potest pignus obligatum ad se transferre.“ Es ſteht alſo feſt, daß im erſten Theile der Entſcheidung der Offerent ſich erſt den Beſitz zu verſchaffen ſucht, folglich läßt ſich nicht annehmen, daß Paulus bei der Oblation des Primus nur an den Fall denke, in welchem dieſer beſitzt und ſich den Beſitz zu erhalten ſtrebt.

Iſt nun dies Alles unzureichend, ſo iſt auf der andern Seite doch nicht zu verkennen, daß die Stelle von Paulus nicht ſo explicit iſt, als es auf den erſten Blick ſcheint und zu wünſchen wäre. Sie geſteht dem Primus das Recht zu, den Secundus abzufinden, wenn ihm dies gut ſcheint. Wer wollte ihn auch hieran hindern. Allein über den Cardinalpunkt ſchweigt Paulus, ob der erſte Pfandgläubiger auch durch die Abfindung in die pfandrechtliche Stellung des zweiten ſuccedirt. Und wenn man auch geneigt ſein mag, dies zu unterſtellen, ſo iſt immerhin die Möglichkeit nicht zu leugnen, daß der Juriſt dem Abfindenden bloß eine actio negotiorum gestorum gegenüber dem befreiten Schuldner verſtattet hätte.

So läßt das Textmaterial Zweifel übrig und wir ſind zur Entſcheidung auf allgemeine Erwägungen verwieſen. Man hat gegen das jus succedendi des erſten Pfandgläubigers eingewendet, daß dieſes Recht überhaupt eine Singularität, eine Anomalie enthalte, die in die allerengſten Gränzen einzuſchließen ſei [18]). Wir dagegen haben verſucht deſſen innere Ration aufzufinden und es frägt ſich nur ob dieſe hier zutreffend ſei. Kein Zweifel iſt, daß auch in der Abfindung des zweiten Pfandgläubigers durch den erſten eine Verwendung auf die Pfandſache zu ſehen iſt. Dagegen iſt der Unterſchied, daß die Abfindung des Vorgängers durch den nachſtehenden Hypothekar im Intereſſe der Conſervirung der Nachhypothek gerechtfertigt, ja geboten iſt, daß hingegen ein ähnliches Intereſſe für die erſte Hypothek nicht vorliegt. Auch dem erſten Pfandgläubiger kann es zwar von Wichtigkeit ſein, den nachfolgenden Hypothekar, von dem er Oblation zu fürchten

17) jurispr. antejust. ad h. l.
18) Zimmern l. c. S. 53.

Digitized by Google

hat, abzufinden um das Pfand selbst zum Verkauf zu bringen, etwa, weil er noch chirographarische Forderungen hat, die er bei günstiger Benutzung der Zeitumstände, aus der hyperocha zu tilgen gedenkt. Seit der Constitution von Gordian kommt noch das Retentionsrecht wegen chirographarischer Forderungen in Betracht, welches den Besitz des Pfandobjects als ein wichtiges Gut erscheinen läßt. Allein immerhin liegt hier die Oblation nicht im Interesse der zunächst versicherten Forderung und der ersten Hypothek selbst, sondern in andern hinzukommenden Verhältnissen und Bestrebungen.

Trotz alledem möchten wir nicht wagen, der Stelle von Paulus gegenüber, dem Primus das Recht der Succession abzusprechen. Die Jurisprudenz konnte sich vielmehr zur Erstreckung der Succession auf den ersten Pfandgläubiger, welcher die Abfindung des zweiten vornimmt, um deßwillen entschließen, weil immerhin in derselben eine Verwendung auf das Pfand vorlag, welche dem Schuldner und den etwa in letzter Linie stehenden Hypotheken einen Vortheil auf Kosten des Abfindenden verschaffen würde, wenn nicht durch die Annahme der Succession eine Ausgleichung einträte.

8) Wenn wir nicht nur dem Nachhypothekar sondern auch dem ersten Pfandgläubiger das jus offerendi zugestehen, so können allerdings Collisionen entstehen, deren Lösung auf den ersten Blick schwierig scheint. Aber auch hier eröffnen uns die entwickelten Grundprincipien, wie uns scheint, einen sicheren Ausweg.

Offeriren beide Pfandgläubiger, der Vorgänger und der Nachhypothekar sich wechselseitig, nimmt keiner von dem Andern die Schuldzahlung an und deponiren sie beide, so sind nun beider Pfandrechte gehemmt. Jedem steht die ihm geschuldete Summe zu freier Disposition; keiner kann nun auf dem Wege der Pfandklage oder der Pfanderecution vorgehen [19]). Wem von beiden aber dies Verhältniß unbequem wird, der kann sich die für ihn deponirte Summe abholen und gleichzeitig die dem Andern angebotene Summe zurücknehmen. Wer also den Andern an Ausdauer übertrifft, der geht als Sieger aus einem Streit hervor, dessen Verlängerung dem Schuldner, da in der Zwischenzeit von beiden Capitalien keine Zinsen fällig werden, nicht zum Nachtheil gereicht. Bieten

19) Negusant. p. V. m. 3 n. 18—22. Glück Bd. 19 S. 358 lassen den Besitzer vorgehen. Gesterding Pfandr. S. 301. Sintenis Pfandr. S. 419 geben dem Aelteren als solchem dem Vorzug.

Digitized by Google

dagegen mehrere nachstehende Pfandgläubiger dem Primus Zahlung an, so steht es zunächst, wie uns scheint, ganz in dessen Willkühr, von wem er die Zahlung acceptiren will. Verweigert er aber beiden gegenüber die Annahme, so wird der als die Schuld tilgend anzusehen sein, welcher zuerst offerirte, vorausgesetzt, daß sich an seine Oblation eine gehörige Deposition anschloß. —

Digitized by Google

Viertes Buch.

Ende des Pfandrechts.

Digitized by Google

Digitized by Google

§ 167. Untergang durch Verzicht [1]).

Die Beendigung des Pfandrechts wird theils herbeigeführt durch Gründe, welche Privatrechten jeder Art oder doch allen dinglichen Rechten den Untergang bereiten können, theils aus solchen, die aus dem besondern Charakter des Pfandrechts folgen. Gemäß der allgemeinen Natur der Privatrechte, die im Interesse der Einzelnen constituirt auch von deren Willen abhängig sind, erlischt es namentlich durch Verzicht [2]). Mit diesem Endigungsgrund werden wir uns zunächst eingehend beschäftigen.

Dabei ist als eine Präliminarfrage zu erledigen, ob zu einem solchen Verzicht die einseitige Erklärung des Creditors genügt oder ob eine Acceptation desselben von Seiten des Verpfänders nothwendig ist. Bestechend ist folgende Regel, die von angesehenen Juristen vertheidigt wird [3]). Bei Rechten von persönlichem Charakter sei die Acceptation des Schuldners von Nöthen, um das Band, das zwischen beiden Theilen bestehe, aufzulösen; bei absoluten, insbesondere bei dinglichen Rechten hingegen sei einseitiger, nicht acceptirter Verzicht zur Beendigung hinreichend. Diese Rechte stünden uns Jedermann gegenüber zu, kein Einzelner, argumentirt man, sei also befugt, den Verzicht anzunehmen,

---

1) Simottel de remiss. pign. 1732. Argentorati. Thomasius schrieb drei Dissert. I. (Steche) per remissionem debiti Halae 1713 II. (Panisch) per cons. in oppign. 1715 III. (Schroeter) per accept. chirographi 1716. Fritz Archiv f. c. Pr. Bd. VIII. S. 392 ff. Erleut. I. S. 543 ff. Sintenis Pfandr. S. 671.

2) Das Pfandrecht erlischt häufig um deßwillen, weil es von Anfang an nur in einer beschränkten und hinfälligen Weise begründet wurde. Insbesondere muß es zusammenfallen, wenn das Eigenthumsrecht des Verpfänders an eine Resolutivbedingung gebunden war, die später eintritt Bd. I. S. 214, deßgleichen wenn es selbst unter einer Resolutivbedingung oder bis zu einem Termin bestellt ist und die erstere existent wird, der letztere herankommt Bd. I. S. 191 ff. Hiervon ist früher zur Genüge gehandelt.

3) Bangerow I. § 127. vgl. Bacher in Ihering's Jahrb. Bd. V S. 222 folgende.

Digitized by Google

es bliebe nur übrig, daß sie der Berechtigte autonom und einseitig aufhebe.

Wäre nun der für die dinglichen Rechte hiermit aufgestellte Satz richtig, so müßte auch das Pfandrecht, als dingliches Recht durch einseitige nicht acceptirte Willenserklärung des Gläubigers zu Grunde gehen, oder es läge, wenn dies nicht der Fall sein sollte, eine singuläre besonders zu rechtfertigende Ausnahme vor, deren Gründen wir nachzuforschen hätten. Hat aber jene Regel wirklich Realität im römischen Recht oder verdankt sie bloß einer modernen Speculation über den Unterschied von dinglichem und persönlichem Recht ihre Existenz? Die Probe ist leicht zu machen. Wenn das Eigenthumsrecht und die Servitut, die als maßgebend für die dinglichen Rechte erscheinen, nicht nur im justinianeischen Recht, sondern auch in der classischen Zeit und früher stets durch einseitigen Verzicht erlöschen, so werden wir auf das Vorhandensein eines im Sinne jener Regel wirkenden Princips des römischen Rechts schließen, wenn dies nicht der Fall war, dasselbe verneinen. Diese Probe fällt nicht zu Gunsten der proponirten Regel aus. Namentlich nicht bei der Servitut. Die Servitut konnte nach classischem Recht normalerweise nur durch in jure cessio an den Eigenthümer aufgehoben werden, wie sie nur durch einen solchen Act oder eine mancipatio in civiler Weise zur Existenz gerufen werden konnte [4]). In Folge einer freieren Auffassung, die sich mehr und mehr geltend machte, hielt man allerdings in der Kaiserzeit jene Formalacte nicht mehr für unbedingt nöthig, aber man forderte zur Beseitigung jener Servituten mindestens einen ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertrag, welcher durch exceptio doli wirkte. Noch im justinianeischen Recht wird die Servitut, wie sie durch Vertrag begründet wird, nur durch den übereinstimmenden Willen des Eigenthümers und Servitutberechtigten beendet [5]). Und selbst der Satz, daß das Eigenthumsrecht durch einseitigen Verzicht aufgehoben werden konnte, galt im ältern Recht nicht allgemein. Vielmehr war die Regel, daß zwar das Eigenthum an res nec mancipi, wie es durch Besitzerwerb erworben wurde, so durch einseitige Aufgabe des Besitzes verloren gehe,

4) Gaj. II. § 30. Paul. sententiae III. 6 § 28 u. 32.

5) l. 4 § 12 D. de doli mali exc. 44, 4. § 3 J. de usufr. 2, 4. vgl. Fritz Erläuterungen I. S. 385 beſ. über den scheinbaren Widerspruch von l. 64 l. 65 pr. D. de usufr. 7, 1. ferner Arndts Pand. § 193 Anm. 2.

Digitized by Google

daß hingegen das Eigenthum an res mancipi, trotz des Willens Nichteigenthümer zu sein, fortdauerte, bis eine mancipatio und in jure cessio an einen Successor erfolgt war oder wenigstens ein Dritter usucapirt hatte [6]). Allerdings wird dies nirgends mit unzweideutigen Worten berichtet, im Gegentheil haben die Compilatoren, welche ja das besondere Recht der res mancipi eliminirten, die Erörterungen der classischen Juristen hierüber zu beseitigen und zu verwischen gesucht; dennoch kann auch bei diesem Zustand der Quellen jener Satz von dem nicht verkannt werden, der in diesen Dingen zu sehen versteht. Es spricht für ihn die l. 1 D. pro derelicto 41, 7, welche auf den ersten Blick gegen denselben angeführt werden könnte:

> si res pro derelicto habita sit, statim nostra esse desinit et occupantis statim fit: quia iisdem modis res desinunt esse nostrae, quibus adquiruntur.

Das Schlußaxiom zeigt, daß Ulpian, von dem diese Entscheidung herrührt, im vorgehenden Satz nur von res nec mancipi handelt und daß er für die res mancipi gerade zu dem entgegengesetzten Resultat gelangt sein mußte [7]). Ebenso gewichtig ist die l. 2 D. eod.

> Pro derelicto rem a domino habitam, si sciamus, possumus acquirere. Sed Proculus non desinere eam rem domini esse, nisi ab alio possessa fuerit: Julianus desinere quidem omittentis esse, non fieri autem alterius, nisi possessa fuerit et recte.

Die Stelle handelte offenbar von einer res mancipi; denn daran war kein Zweifel, daß Eigenthum an res nec mancipi durch absichtliche Aufgabe des juristischen Besitzes unterging. Sie zeigt, daß jedenfalls Proculus annahm, Eigenthum an res mancipi gehe durch einfache Dereliction nicht verloren. Julian freilich scheint der entgegengesetzten Ansicht. Doch beschlug die Controverse gewiß nicht das Princip, daß das quiritarische Eigenthum trotz der Dereliction fortdauere; vielmehr war der Gegenstand der Streitfrage wohl folgender. Seit an der res mancipi das bonitarische Eigenthum durch Erwerb des juristischen Besitzes anerkannt wurde, kam man natürlich zur Folgerung, daß der bonitarische Bestandtheil des Eigenthums verloren gehen könne, noch ehe das formale quiritische Recht zu Grunde gegangen war. Einen

---

6) Leist bon. poss. I. S. 271 flgnde.

7) vgl auch l. 17 § 1 D. de a. vel o. p. 41, 2 von Ulpian.

Digitized by Google

solchen Verlust müßte man jedenfalls von dem Moment an annehmen, in welchem ein andrer den juristischen Besitz der derelinquirten Sache für sich erworben hatte, da nun dieser Occupant bonitarischer Eigenthümer ist. Dies war die Ansicht von Proculus. Die Sabinianer aber gingen weiter, sie erklärten in freierer und geistreicherer Weise, wie man die bonitarischen Bestandtheile des Eigenthums an res mancipi schon durch Besitzergreifung erwerben könne, so müßten diese auch schon durch bloße Dereliction zu Grunde gehen, es bedürfe also keiner Occupation durch einen Nachfolger, um nach dieser Richtung hin das Recht des Eigenthümers zu beenden [8]).

Hier ist nicht der Ort dies weiter zu verfolgen. Es genügt das Angeführte [9]) um zu zeigen, daß die Römer es keineswegs als Grundprincip betrachteten, daß absolute und dingliche Rechte durch einseitigen Verzicht allgemein erlöschen. Vielmehr werden wir durchaus auf die Regel geführt, welche die römischen Juristen als Princip dieser Lehre auch ausdrücklich formulirt haben, daß der Wille der Partheien ein Recht zu vernichten, die gleiche Form wählen müsse, wie die ist, durch welche er dasselbe begründet. Ein solcher Parallelismus der Form ist nicht befremdend in einem Recht, wie das römische, in welchem eine gewisse Plastik der Formen eine große Rolle spielt. Da nun das Pfandrecht normalerweise durch Vertrag entsteht, so mußte es durch Vertrag wieder beseitigt werden. Dies sprechen die römischen Quellen mit großer Bestimmtheit aus [10]).

l. 2 C. de remissione pignoris 8, 26. Obligatio pignoris consensu et contrahitur et dissolvitur [11]).

---

8) cfr. noch l. 38 § 1 D. de noxal. act. 9, 4. l. 43 § 5 D. de furtis 47, 2.

9) Dies scheint mir auch dem Princip von Wächter entgegenzutreten Württemb. Privatrecht Bd. 2 S. 645, daß nur bei Rechten welchen ein bestimmter Dritter als Gegner, Verpflichteter und Beschränkter, gegenüberstehe ein zweiseitiger Act nothwendig sei.

10) vgl. auch l. 17 § 2 D. de pactis 2, 14. l. 5 D. quibus modis pignus solv. 20, 6. l. 9 § 3 D. de pign. act. 14, 7 Fritz Archiv f. c. Pr. Bd. 8. S. 392. Erl. I. S. 543. Sintenis Pfandr. S. 671. Vangerow I. § 127. Windscheid Pand. S. 652.

11) Unter Aufhebung der obligatio pignoris kann gewiß nicht, wie neuerdings Bacher l. c. S. 237 angenommen hat, die Auflösung des Pfandvertrages verstanden werden, sondern nur die Aufgabe des Pfandrechts. — Einer Stelle gegenüber, welche unzweideutig den Vertrag als zur Aufhebung erforderlich betrachtet, kann nicht in

Digitized by Google

Was nun freilich den Beweis der Annahme des Verzichts betrifft, so spricht in der Regel die factische Vermuthung dafür, daß der Begünstigte denselben nicht zurückwies. Wenn also nur feststeht, daß die Erklärung des Gläubigers zu seiner Kenntniß kam, so wird man ihn in der Regel als stillschweigend acceptirend betrachten.

Die bisherige Erörterung bezog sich auf einen Verzicht, der unter Lebenden abgegeben ist. Wie aber steht es, wenn ein Erlaß des Pfandrechts testamentarisch vom Erblasser verordnet würde? Die Annahme liegt nahe, daß jenes Recht durch das Legat ipso jure völlig aufgehoben werde, so daß es im Moment des Erbschaftsantritts erlischt [12]). Dies ist gleichwohl nicht richtig. Die Vermächtnisse sind zu Zuwendungen bestimmt, keineswegs zur Vernichtung von Rechten, die in der Erbschaft liegen. Die Römer schufen daher keinerlei Form, wodurch der Erblasser eines seiner Rechte im Testament absolut zerstören und aufheben konnte. Sprach der Erblasser einen Verzicht aus, so kann derselbe allerdings insoweit aufrecht erhalten werden, als in demselben die positive Begünstigung einer Person, die der Erblasser nachweisbar speciell begünstigen wollte, enthalten war, eine allgemein vernichtende Kraft hatte der Verzicht nicht. Dies auf den Erlaß des Pfandrechts angewendet, kann der Eigenthümer des Pfands, dessen Begünstigung bezweckt war, der Anstellung einer actio hypothecaria mit einer exceptio doli entgegentreten; deßgleichen kann er Befreiung der Pfandsache durch den Erben mit der Vermächtnißklage fordern und die gleiche Klage auch zur Forderung der Restitution etwaiger Faustpfänder benutzen. Hätte sich dagegen die Person des Eigenthümers nach Errichtung des Testaments oder auch nach dem Erbschaftsantritt geändert, ohne daß sich nachweisen ließe, daß der Honorirte an der Befreiung des Successors ein Interesse hat, so kommt das Legat der Befreiung zu keiner Geltendmachung, welches eben nur von dem Honorirten und wer an dessen Stelle steht exercirt werden kann.

Wie fremd den Römern der Gedanke einer Vernichtung des Pfandrechts durch testamentarischen Verzicht war, zeigt sich darin, daß sie, wo es sich um einen solchen Verzicht handelt, doch stets die positive Form der Zuwendung der Sache an den Eigenthümer wählten.

Betracht kommen l. 9 § 3 D. de pign. a. 13, 7 quoties recedere voluit creditor a pignore, videri ei satisfactum, si ut ipse voluit, sibi cavit. Denn es ist hier nicht ausgesprochen, wie der Wille erklärt sein müsse, um bindend zu sein.

12) So Arndts Rechtslexicon Bd. 6 S. 334 Anm. 446.

Digitized by Google

l. 1 § 1 D. de liberatione legata 34, 3. Julianus scripsit, si res pignori data legetur debitori a creditore, valere legatum habereque eum actionem, ut pignus recipiat priusquam pecuniam solvat [13]).

Es verſteht ſich, daß der Verzicht auf das Pfandrecht an und für ſich einen Erlaß der verſicherten Forderung nicht mit ſich führt [14]). Dies auch nicht einmal bei einem Verzicht im Teſtamente [15]). Es kann jedoch die Remiſſion des Pfandrechts ein Indicium für die weitergehende Abſicht voller Beſeitigung des Schuldverhältniſſes bilden, ſo daß unter Hinzutreten noch andrer Momente der Erlaß der Forderung anzunehmen iſt.

§ 168. Fortſetzung.

Es iſt weiter von den Perſonen zu handeln, welche den Vertrag über die Verzichtleiſtung bindend abſchließen können; von der einen Seite iſt befähigt der Creditor und wer deſſen Rechte zu exerciren befugt iſt; insbeſondre der Ceſſionar [1]). Stellvertreter des Gläubigers bedürfen zum Erlaß eines Specialmandats. Der Generalprocurator oder ein geſchäftsführender Sklave, der zur Zahlungsannahme bevollmächtigt war, können gültig ein Pfandrecht nicht erlaſſen.

l. 7 § 1 D. q. m. p. s. 20, 6 Gajus libro sing. ad form. hyp. Videbimus si procurator omnium bonorum consensit vel servus actor, cui et solvi potest et in id positus est, an teneat consensus eorum? Et dicendum est non posse, nisi specialiter hoc iis mandatum est.

Aber auch der Generalprocurator kann einen ſolchen Verzicht abſchließen, wenn er hiefür ein genügendes pecuniäres Aequivalent oder beſſere Sicherheit in anderer Weiſe erhält, da ſich ja hier die Handlung

13) cfr. l. 86 § 4 D. de legat. I. Valet legatum si superficies legata fuerit ei, cujus in solo fuerit: nam consequetur, ut hac servitute liberetur l. 71 § 5 D. eod.

14) l. 3 D. de pactis 2, 14.

15) l. 1 § 1 D. de liberat. legat. 34, 3. Anders Faber conj. XVII cap. 10.

1) l. 8 § 2 D. q. m. p. s. 20, 6. Itemque si a parte creditoris procurator in rem suam extiterit, paciscendo inutilem sibi faciet hypothecariam actionem: in tantum, ut putem recte dici et dominis litis nocere hoc casu hanc exceptionem. Der dominus litis iſt hier der urſprüngliche Creditor (cfr. l. 31 D. de proc. 3, 3) an welchen die Forderung durch Rückceſſion gelangt.

Digitized by Google

als im Interesse der Administration liegend darstellt, vorausgesetzt, daß er nicht bloß zur Besorgung der laufenden Geschäfte ernannt ist, sondern bestimmt ist vollständig den Geschäftsherrn zu vertreten. Er muß also eine sog. administratio cum libera haben, was nicht nur anzunehmen ist, wenn gerade dieser Ausdruck bei der Vollmacht gewählt ist, sondern überhaupt wenn sich aus den Umständen eine auf freie Administration gerichtete Intention des Geschäftsherrn nachweisen läßt [2]). Eine Bestätigung dieser Auffassung giebt eine Entscheidung Marcians, welcher dem Hausſohn und Sklaven für den Fall das Recht zum Erlaß einer Hypothek zugesteht, daß diese Personen freie Verfügung über ihr Peculium haben, daß die Hypothek zu demselben gehört und daß die Aufgabe derselben aus geschäftlichen Rücksichten gerechtfertigt ist, nicht behufs einer Liberalität geschieht [3]).

Dem Vormund ist durch Gesetz die freie Veräußerungsmacht gegeben, nur ist ihm die Befugniß zu Liberalitäten entzogen. Er kann also die Hypothek erlassen, deßgleichen auch zu einem Erlaß seines Mündels die Zustimmung geben, falls diesem hieraus ein Vortheil erwächst, insbesondere falls bessere Sicherstellung anstatt einer ungenügenden Versicherung prästirt wird [4]). Fraglich kann aber erscheinen, ob die Veräußerungsverbote, insbesondere die Oratio Severi nicht hindernd entgegentreten. Bekanntlich hat dieses Gesetz zunächst nur die Veräußerung von praedia rustica und suburbana verboten, die den Pupillen eigenthümlich gehören. Aber die Interpretation hat das Verbot auch bezogen auf die Aufgabe andrer dinglicher Rechte an Immobilien, der Emphyteuse, des Ususfructs. Danach könnte man auch das Pfandrecht als betroffen erachten, das ja gleichfalls den Charakter als dingliches Recht hat. Gleichwohl scheint uns dies nicht der Fall [5]). Wir stützen uns hiefür nicht auf die Entscheidung Ulpians in der l. 5 § 3 D. de rebus eorum 27, 9, wonach der Vormund die seinem Mündel verpfändeten Immobilien pfandrechtlich verkaufen und damit dem Pfandrecht ein Ende machen kann. Denn hier vollzieht der Vormund nur das in dem Pfandrecht von vornherein liegende Gesetz; es wäre hiermit

2) a. Anſ. Bayer Civilpr. 7. Aufl. S. 211 vgl. aber Puchta Pand. § 53 not. n.

3) l. 8 § 5 D. quibus modis p. s. 20, 6 cfr. l. 28 § 2 D. de pactis 2, 14.

4) l. 7 pr. D. quibus modis p. s. 20, 6 cfr. l. 28 D. de pactis 2, 14. l. 27 § 1 D. qui et a quibus 40, 9. l. 22 l. 46 § 7 D. de adm. tut. 26, 7.

5) cfr. Bangerow Bd. I. § 363.

Digitized by Google

noch wohl vereinbar, daß man dem auf einem ſpontanen Willensentſchluß beruhenden Erlaß des Pfandrechts ohne Einholung eines richterlichen Decrets keine Folge gegeben hätte. Dagegen ſcheint uns der innere Grund der Oratio nicht zuzutreffen. Sie iſt durch ſpecielle Berückſichtigung ökonomiſcher Verhältniſſe geleitet. Es ſoll dem Pupillen liegender Beſitz als ſicherſte Vermögensanlage erhalten bleiben; Emphyteuſe, Uſusfruct, Realſervitut mochte man als gleichſichere Vermögensanlagen betrachten; das Pfandrecht mußte unberührt bleiben, da es ſich ökonomiſch nur als ein Schutzmittel für die Forderungsrechte charakteriſirt, eine Aenderung aber hinſichtlich der Verfügung über die Forderungsrechte nicht in den Tendenzen der Oratio lag. Eher könnte man noch den Verordnungen Juſtinians, welche ſelbſt für Löſung der Schuld durch Zahlung an den Vormund obrigkeitliche Autoriſation verlangen [6]), eine erweiterte Anwendung dahin geben, daß auch Aufgabe der für die Schuld geſtellten Sicherheit von obrigkeitlicher Genehmigung abhängig ſei; allein jene Beſtimmungen ſind veranlaßt durch die Furcht, daß der Vormund die ihm eingelieferten Summen zu eignen Zwecken verwende, ſpecielle Motive, welche einem Erlaß des Pfandrechts nicht hindernd in den Weg treten.

Dagegen kann unter Umſtänden in dem Erlaß des Pfandrechts eine verbotne Interceſſion liegen, ſo daß er den Frauen in Gemäßheit des S. C. Vellejanum und der ſich anſchließenden Rechtsvorſchriften verboten iſt. Allerdings bildet der Erlaß des Pfandrechts durch eine Frau, der einfach dem Verpfänder gegenüber erfolgt, keine verbotne Interceſſion. Vielleicht lenkt ein thörichtes Vertrauen zur Zahlungsfähigkeit ihres Schuldners ihre Schritte. Aber wo wäre hier die fremde Obligation, in die ſich die Frau miſchte.

> l. 18 pr. D. ad S. C. Vellejanum 16, 1. Ulpianus libro 29 ad edictum. Quamvis pignoris datio intercessionem faciat, tamen Julianus libro XII Digestorum scribit, redditionem pignoris, si creditrix mulier rem, quam pignori acceperat, debitori liberaverit, non esse intercessionem.

Verzichtet hingegen die Frau zu Gunſten eines ſpätern Pfandgläubigers, ſo gilt ihr Verzicht als den Vorſchriften des Senatusconſults zuwider [7]). Es geht dies unzweideutig hervor aus

---

6) l. 25 C. de adm. tutorum 5, 37.

7) vgl. Windscheid de valida mulierum intercessione Bonnae 1838. S. 32—34. Deurer Archiv f. c. Pr. Bd. 28 S. 413 flgde. Bachofen Abh. S. 51 flgde.

Digitized by Google

l. 17 § 1 D. ad S. C. Vellej. 16, 1. Africanus lib. 4 quaestionum. Si mulier dixisset sibi rem dotis nomine obligatam et creditor curasset ei pecuniam dotis solvi, qui idem pignus acciperet, et cum mulieri etiam pecunia credita deberetur, possessor creditor adversus eam Serviana agentem exciperet: si non voluntate ejus pignus datum esset, replicationem mulieri Senatus consulti non profuturam, nisi creditor sciisset etiam aliam pecuniam ei deberi.

Auf derselben Sache lasteten zwei Hypotheken zu Gunsten einer Ehefrau, die eine wegen ihrer Dos, die andere wegen eines Darlehns; die Existenz der Dotalhypothek declarirte sie einem spätern Gläubiger, welcher ihrem Mann ein neues Darlehen vorschoß und sich dieselbe Sache verpfänden ließ, indem er gleichzeitig für Befriedigung der Frau wegen der Dotalcapitalien sorgte; das Bestehen ihrer Hypothek wegen des Darlehens verschwieg die Frau. Auf dieses Schweigen, wo zu reden war, stützt der spätere Hypothekar die Einrede des Verzichts. Marcian geht davon aus, daß dieselbe an und für sich durch die replicatio Senatus consulti elidirt werden könnte, falls sie aber den zweiten Creditor getäuscht hat, nimmt er an, sei um deßwillen das Senatus consultum unanwendbar, welches die Frauen gegen die Gefahren ihrer Leichtgläubigkeit schützen, nicht ihren Betrug unterstützen soll.

Von dem besondern hier behandelten Verhältniß sehen wir ab; nur die eine Thatsache, die unleugbar aus der Entscheidung hervorgeht [8]), ist uns von Relevanz, daß an und für sich der Verzicht einer Frau auf Pfandrecht und Priorität zu Gunsten eines spätern Pfandgläubigers gegen das Senatusconsultum verstößt und auf Grund desselben angefochten werden kann [9]). Wie aber erklärt sich diese Entscheidung? Das Senatusconsult verbietet Intercessionen jeder Art, d. h. Uebernahme fremder Schulden. Wie ist eine solche Uebernahme in dem Verzicht auf eine Hypothek zu finden?

Der Thatbestand des Senatusconsults geht in Wahrheit über die

8) a. Anf. Sintenis Pfandr. S. 680.

9) vgl. auch l. 21 C. ad S. C. Vellej. 4, 29 Bd. I. S. 393 Bd. II. S. 478. Ebenso behandelt Justinian den Verzicht der Frauen auf die ihnen wegen der propter nuptias donatio zustehende actio in rem zu Gunsten eines spätern Käufers oder Pfandgläubigers als einer Intercession gleichstehend. Er sollte nur gelten, wenn er nach zwei Jahren wiederholt wird und wenn die Frau anderweitig im Vermögen des Mannes genügende Entschädigung findet nov. 61.

Digitized by Google

einfache Uebernahme von Forderungen hinaus. Der Schutz des Senatusconsults tritt stets ein, wenn die Frau sich an dem Schicksal einer fremden Forderung in der Art betheiligt, daß ihr Vermögen für den Fall der Nichttilgung derselben durch den Schuldner in Gefahr kommt. Eine sofortige Verminderung ihres Vermögens zu Gunsten Anderer ist bekanntlich auch Frauen gestattet. Aber wo diese Minderung keine unmittelbare und sichere ist, wo sie dadurch abgewendet werden kann, daß der Schuldner, für den sie intercedirt, seine Schuld rechtzeitig entrichtet, wo die Frau also hoffen konnte, daß sie trotz ihrer Intervention von nachtheiligen Folgen verschont bleiben werde, da ist das Gebiet des Senatusconsults, weil zu fürchten ist, daß die Frau leichtgläubig in der Hoffnung, kein reelles Opfer zu bringen gehandelt hat [10]). Dies tritt auch ein, wenn die Frau zu Gunsten eines spätern Pfandgläubigers auf ihre Priorität oder ihr Pfandrecht verzichtet. Ein solcher Verzicht wird ihr dann häufig nicht schaden, wenn dieser Gläubiger, wie sie hofft, vom Schuldner wieder abgezahlt wird. Geschieht dies aber nicht, so wird ihre Befriedigung, komme es nun zur Pfanddistraction oder zum Concurs, durch den Vorzug der Forderung, welcher sie den Vorzug zugestand, verhindert und erst jetzt ein Theil ihres Vermögens zu Gunsten der fremden Forderung definitiv geopfert. Dies aber widerspricht der Absicht des Senatusconsults [11]).

Nicht ohne Schwierigkeit ist die Beantwortung der Frage, *wem gegenüber der Verzicht erfolgen muß* um gültig zu sein und wer denselben anzunehmen befähigt ist. Die Quellen sprechen sich hierüber nirgends in principieller Weise aus.

Uns scheint vor Allem der *Verpfänder* zur Annahme des Verzichts befugt und zwar ist nicht zu unterscheiden, ob derselbe noch Eigenthümer der Sache ist oder nicht [12]). Das Pfandrecht galt als von Anfang an in der Weise constituirt, daß es nur so lange dauere, bis der Gläubiger sich dem Verpfänder gegenüber als anderweitig genügend gesichert oder sonst befriedigt erklärte. Dies liegt gerade im Fall eines Verzichts vor, der dem Verpfänder gegenüber erfolgte. Außerdem aber

---

10) vgl. besonders Windscheid Princip des S. C. Vellejanum Archiv f. c. Pr Bd. 32 S. 283 ff.

11) Deurer Archiv f. c. Pr. Bd. 28 S. 417 nimmt an, die Frau übernehme durch Aufgabe der Priorität die persönliche Verpflichtung, dem Gläubiger zu dessen Gunsten sie verzichtete den Vortritt zu lassen. Hierin läge gleichwohl keine Uebernahme einer fremden Forderung.

12) cfr. l. 9 § 3 D. de pign. a. 13, 7.

Digitized by Google

scheint uns der Eigenthümer der Pfandsache, mag er auch nicht der Verpfänder sein, als befugt zur Annahme des Verzichts. Hiefür spricht die Analogie andrer dinglicher Rechte, insbesondre der Servituten, bei denen der Verzicht zweifelsohne dem Eigenthümer gegenüber erklärt sein mußte. Nicht weniger entscheidet hiefür, daß es der Eigenthümer ist, der die Sache vertritt, daß er in Folge des Verzichts sein Eigenthum consolidirt.

Wird der Verzicht andern Personen gegenüber erklärt, welche nicht die Absicht haben denselben im Namen des Verpfänders oder des Eigenthümers zu acceptiren, so kann er höchstens gegenüber der actio hypothecaria eine exceptio wirken, welche dem Acceptanten und dessen Successoren zu Gute kommt. Dies gilt auch bei einem Verzicht gegenüber Nachhypothekarien oder bloßen Chirographarien, falls der Verpfänder bei diesem Act nicht betheiligt oder vertreten ist und falls das Geschäft nicht nach der vermuthlichen Absicht der Partheien gradezu auf eine wechselseitige Cession der Forderungen hinauskommt.

Der Verpfänder respective der Eigenthümer hatte bereits nach römischem Recht die Befugniß, sich auf den Verzicht, der seinem Stellvertreter gegenüber erklärt war, zu berufen [13]). Man ließ zwar einen Erwerb von Rechten, die klagweise geltend gemacht werden mußten, im römischen Recht durch einen Stellvertreter nicht zu, wohl aber konnte man die Aufhebung einer Verpflichtung oder einer Last durch einen solchen erlangen.

§ 169. Fortsetzung. Art der Erklärung, Umfang des Verzichts.

Der Verzicht auf das Pfandrecht kann nicht nur direct erklärt werden, sondern auch in indirecter Weise, sei dies nun durch wörtliche Erklärungen oder in concludenten Handlungen zu Tage treten. Die Rechtsquellen besprechen eine Reihe von Fällen, in welchen der Verzicht, obgleich nicht explicit erklärt, präsumirt wird, wobei dem Gläubiger bald der Beweis einer entgegengesetzten Absicht offen steht, bald auch dieser verschlossen ist.

1. Ein solcher Verzicht liegt vor Allem in der Rückgabe des Pfands an den Schuldner. Dies freilich dann nicht, wenn die Rückgabe unter der Voraussetzung unmittelbarer Tilgung der Schuld geschah, die Erfül-

13) l. 7 § 2 D. q. m. p. s. 20, 6 cfr. l. 8 § 2 D. eod.

Digitized by Google

lung derſelben aber unterblieb. Ein Beiſpiel giebt l. 3 D. de pign. act. 13, 7, wo der Gläubiger ſeinem Schuldner das Pfand zurückgab in der Meinung, ſofort ſein Geld zu erhalten, dieſer aber es einem Helfershelfer durch das Fenſter zuwarf und ſich entfernte; der Einrede de pignore sibi reddito tritt hier natürlich die replicatio doli entgegen. Auch abgeſehen hiervon, kann die Rückgabe des Pfands aus andern Motiven, als aus der Abſicht des Verzichts erfolgen. Sie kann geſchehen um dem Schuldner die Gelegenheit zu beſſerer Ausbietung der Sache zu verſchaffen, um ihm die für ihn augenblicklich nothwendige Benutzung für eine kürzere Zeit zu gewähren, endlich um vom Gläubiger die Laſt und die Koſtenvorlage, die mit der Aufbewahrung verbunden iſt, abzuwälzen. Immerhin iſt es Sache des Gläubigers, eine ſolche Abſicht darzuthun, da das Recht eine Vermuthung für den Verzicht um deßwillen aufgeſtellt hat, weil in der überwiegenden Mehrheit der Fälle ein Gläubiger, der ein ſorgfältiger Verwalter ſeines Vermögens iſt, dem Schuldner das Fauſtpfand nur dann zurückgeben wird, wenn er auf das Pfandrecht überhaupt nicht mehr reflectirt. Ebenſo liegt in der Rückgabe des ſchriftlichen Inſtruments über das Pfandrecht ein Verzicht auf dieſes, auch wenn die Forderung nicht erlaſſen ſein ſollte. Giebt z. B. der Gläubiger eine Schuldverſchreibung zurück [1], in der eine Hypothek inſerirt war, um ein Schulddocument zu empfangen, in welcher keine Pfandverſchreibung enthalten war, ſo gilt die Hypothek als erlaſſen, es müßten denn beſondre Umſtände hiergegen ſprechen, etwa daß der Gläubiger eine Renovation der Hypothek verlangt hätte und der Verfaſſer der neuen Verſchreibung nur die Einfügung der Hypothek vergaß oder auch daß der Gläubiger ein Fauſtpfand innehatte und zu beſitzen fortfuhr [2].

2. Es wird geſtritten, ob ein Verzicht auf das Pfandrecht dann zu präſumiren iſt, wenn der Gläubiger ſpäter vom Verpfänder ohne einen Vorbehalt zur Sicherung ſeiner Forderung Bürgen annahm [3]. An

1) l. 7 C. de rem. pign. 8, 26 cfr. l. un. § 11 C. de lat. libert. toll. 7, 6. Ille autem novissimus antiquae latinitatis modus in civitatem Romanam translatus eligendus est, si quis instrumenta ex quibus servus ostendebatur vel dederit servo vel corruperit.

2) Thomasius diss. cit. III p. 1—15.

3) Hiefür u. A. Hofacker princ. jur. civ. tom. II. § 1228, Geſterding Pfandr. S. 335, deßgleichen Weſtphal Pfandr. § 237 n. 268; dagegen Glück Bd. 19 S. 419 flgde, Vermehren über Erlöſchungsarten des Pfandrechts n. 4 in Archiv f. c. Pr. Bd. 13. S. 43 flgde. u. A.

Digitized by Google

und für sich scheint selbst die Frage kaum zu rechtfertigen. Der Pfandgläubiger, der noch einen Bürgen annimmt, giebt zu verstehen, daß er die ursprüngliche Sicherstellung nicht für ausreichend halte, in keiner Weise daß er sie überhaupt nicht wolle. Nur die historische Entwicklung des römischen Pfandrechts erklärt den Zweifel. Denn ursprünglich diente allerdings in Rom das Besitzespfand, das ja erst allmählig rechtliche Anerkennung erhielt, meist nur als provisorische Deckung bis zur Stellung von Bürgen und fiel dann in der Regel mit dem Erwerb der bessern Sicherheit weg [4]). Daher erklärt sich folgender Ausspruch von Labeo libro 5 posteriorum a Javoleno epitomatorum l. 14 D. q. m. p. s. 20, 6:

> Cum colono tibi convenit, ut invecta, importata pignore essent, donec merces tibi soluta aut satisfactum esset: deinde mercedis nomine fidejussorum a colono accepisti. Satisfactum tibi videri existimo et ideo illata pignori esse desisse.

Es ist hier außerdem zu bemerken, daß im Pfandvertrag von vornherein und ausdrücklich hervorgehoben war, daß das Pfand nicht nur durch Zahlung, sondern auch durch anderweitige Zufriedenstellung des Gläubigers befreit werden soll. Deßwegen konnte man in der nochmaligen Bürgenstellung im Zusammenhalt mit den Vertragsworten um so leichter die Absicht der Befreiung der Pfänder erblicken.

Dagegen wurde die Meinung derer, welche an den alten nach und nach ihren Boden verlierenden Anschauungen festhaltend in der Annahme eines Bürgen schlechthin Erlaß des vorher gestellten Pfands sahen, von den classischen Juristen entschieden verworfen.

> l. 6 § 2 D. q. m. p. 20, 6. Ulpianus libro 73 ad edictum. In satisdatione autem non utimur Atilicini sententia, qui putabat, si satis detur alicui certae pecuniae [5]), recedere eum a pignoribus debere.

Der gleichen Ansicht war Marcian, welcher bemerkt si convenerit, ut pro hypotheca fidejussor daretur et datus sit, satisfactum

---

4) vgl. Bd. I. S. 80.

5) Auffallend sind die Worte certae pecuniae. Rudorff erklärt Zeitschrift für gesch. Rechtsw. Bd. 13 S. 218, Atilicinus habe nur eine sponsio certae pecuniae für genügend gehalten, weil hier der Gläubiger den strengsten Condictionenprozeß mit der legitimae partis sponsio habe.

Digitized by Google

videbitur, ut hypotheca liberetur (l. 5 § 2 D. q. m. p. s. 20, 6). Die Aeußerung hat gerade darum Bedeutung, weil ſie die Befreiung des Pfands durch die Bürgenſtellung nur für den Fall ſtatuirt, daß ein Vertrag über den Wechſel der Sicherheit vorher oder gleichzeitig unterläuft.

Völlig grundlos iſt es, wenn man den ſtillſchweigenden Erlaß eines frühern Pfandrechts in der Entgegennahme eines Pfands an einer andern Sache ſieht [6]).

3) Inwieweit iſt das Wiſſen des Pfandgläubigers von der Veräußerung der Pfandſache und deſſen Schweigen hierzu als eine Aufgabe des Pfandrechts anzuſehen?

Von einem doppelten Geſichtspunkt aus könnte man dies Schweigen präjudiciabel finden. Es ließe ſich ſagen, der Gläubiger hätte in eignem Intereſſe Veranlaſſung, Einſprache zu thun und beweiſt, indem er dies unterläßt, eine Mißachtung ſeines Pfandrechts, die Abſicht dasſelbe aufzugeben. Da aber die Verfolgung des Pfands nach deſſen Veräußerung nicht aufgehoben, ſondern höchſtens erſchwert iſt und auch dies nicht unter allen Umſtänden, ſo konnte von dieſem Geſichtspunkt aus das Schweigen keine juriſtiſche Bedeutung gewinnen.

> l. 8 § 15 D. q. m. p. s. 20, 6 non videtur autem consensisse creditor, si sciente eo debitor rem vendiderit, cum ideo passus est venire, quod sciebat ubique pignus sibi durare [7]).

Dagegen muß allerdings das Schweigen dem Pfandgläubiger ſtets präjudiciren, wenn nur die Alternative vorliegt, anzunehmen, entweder daß der Gläubiger ſein Pfandrecht aufgeben wollte oder daß er doloſerweiſe an einer Täuſchung des Erwerbers mitwirkte. Das Recht nimmt hier gegen den Gläubiger die erſte Alternative an [8]). Iſt alſo der Pfandgläubiger gegenwärtig, während die Pfandſache verkauft oder weiter verpfändet wird, ohne daß er ſeines Pfandrechts gedenkt und ohne daß der Käufer daſſelbe ſonſt kennt, ſo wird er ſeines Recht verluſtig [9]). Und zwar wird ihm der Beweis, daß er nicht verzichten wollte, nicht

6) Wie dies Glück Bd. 19 S. 419 n. 3 thut.

7) cfr. l. 2 C. de remiss. pign. 8, 26 sciente ac consentiente l. 4 C. eod. sciente et remittente.

8) cfr. l. 12 D. de evict. 21, 2. l. 26 § 1 D. de pign. 20, 1 Bd. I. S. 190.

9) l. 9 § 1 D. q. m. p. s. 20, 6. Anders entſchied O. A. G. zu Darmſtadt, Seuffert Archiv Bd. 9 n. 13.

Digitized by Google

nachgelaſſen. Hier wäre Reden Pflicht geweſen, wenn der Gläubiger nicht hätte verzichten wollen.

Iſt der Gläubiger nicht beim Abſchluß zugegen, ſo iſt er zu mündlichen oder ſchriftlichen Mittheilungen an den Erwerber, ſelbſt wenn er ſich am Contractort befindet und von dem Verkauf hört, nicht verpflichtet. Aber auch dieſes ändert ſich, wenn dem Verkauf eine öffentliche Aufforderung an die Gläubiger vorherging, etwaige ihnen zuſtehende Anſprüche anzumelden. Eine ſolche Aufforderung ſcheint in Rom nicht ſelten vom Verkäufer ausgegangen zu ſein, der hinſichtlich der Exiſtenz von Hypotheken im Ungewiſſen war. Ihr zu folgen betrachtete man als Bürgerpflicht, weil es im Intereſſe Aller lag, einen Weg zu eröffnen, wobei der Käufer möglichſt gegen die Gefahr geſchützt war, durch die unbekannten Hypothekarien hinterher evincirt zu werden. Jeder alſo, dem die Aufforderung zur Kenntniß kam, im Zweifel Jeder am Ort des Verkaufs Anweſende hat ſich bei Strafe, daß er als verzichtend angeſehen wird, zu melden.

l. 6 C. de remissione pignorum 8, 26. Impp. Diocletianus et Maximianus A. A. Argio. Si eo tempore, quo praedium distrahebatur, programmate admoniti creditores, quum praesentes essent, jus suum exsecuti non sunt, possunt videri obligationem pignoris remisisse. P. P. III Id. Febr. 286.

Wer die öffentliche Aufforderung erläßt, ob ein Pfandgläubiger oder der Eigenthümer der Sache, iſt nicht hervorgehoben, in der That auch irrelevant [10]); in beiden Fällen hat der Gläubiger, der nicht Einſprache thut, ſein Recht verloren. Und nicht einmal eines beſondern Aufrufs bedarf es, wenn der Fiscus öffentlich verkauft.

l. 8 C. de remiss. pign. 8, 26. Si hypothecas fisco distrahente, creditores silentio tradiderunt negotium, palam est

---

10) Wetzell Civilproceß § 13 2te Aufl. S. 88 macht darauf aufmerkſam, daß programma die Ueberſetzung von proscriptio iſt. Er identificirt daher dieſe Aufforderung mit der öffentlichen Ausbietung des Pfands durch den Pfandgläubiger, die vor dem Verkauf gefordert war. Allein mochten beide Schritte in der Regel verbunden ſein, ſo ſcheint uns die Verbindung doch keine ſtets vorkommende und begrifflich nothwendige geweſen zu ſein. vgl. noch Geſterding Pfandr. S. 335. Sintenis Pfandr. S. 521. Robert Schneider Zeitſchrift f. Rechtspflege und Verw. n. F. Bd. XII. S. 491.

Digitized by Google

actionem suam amisisse eos, quam in rem habebant: nam fiscalis hastae fides facile convelli non debet.

Es verſteht ſich, daß die Verluſtigung des Pfandrechts nur eintritt, wenn dem Käufer die Exiſtenz deſſelben unbekannt war, nur dann trat eine Pflicht des Pfandgläubigers zur Anzeige an denſelben ein. Ebenſo verhält es ſich aber auch dann, wenn dem Käufer die Exiſtenz der Hypothek nur im Fall einer culpa lata entgehen konnte, was angenommen werden darf, wenn dieſelbe in einem ordnungsmäßig geführten Hypothekenbuch verzeichnet war, weil hier von jedem Kaufliebhaber vorausgeſetzt werden kann, daß er vorgängige Einſicht deſſelben nimmt [11]). — Heutzutage haben ſich an die Stelle der von Privaten ausgehenden Anzeigen des römiſchen Rechts vom Gericht erlaſſne Edictalien geſetzt.

Noch in einem andern bemerkenswerthen Fall wird Erlaß des Pfandrechts bei bloßem Schweigen angenommen.

l. 1 C. de remiss. pign. 8, 26. Impp. Severus et Antoninus A. A. Proculo. Si te manumissum et in libertate moratum sciente ea cui pignoris nomine obligatus diceris, praesidi probaveris ex consensu creditricis remissam pignoris obligationem apparebit: et per hoc jure te manumissum nec ab herede creditricis in servitutem peti posse, certum est.

Man hat die Entſcheidung durch die Begünſtigung, welche die Freiheit im Recht findet, zu erklären geſucht. Dies iſt ſchwerlich genügend. Wenn aber Jemand, der ſich als Freier gerirte und den das Publicum als ſolchen behandelte, ſpäter als Sclave vindicirt wird; ſo werden eine Menge von Rechtsverhältniſſen, die in gutem Glauben begründet waren, zerſtört und es entſteht für Alle mehr oder minder Nachtheil, die ſich mit einer ſolchen Perſon einlaſſen. Deßhalb betrachtete man es als eine Pflicht des Pfandgläubigers gegen das Publicum ſogleich zu widerſprechen und wenn er das verſäumt, entſcheidet ſich das Recht eher für die Annahme eines Verzichts als für eine Auslegung bei der die Geſammtheit in Folge der Nachläſſigkeit jenes Pfandgläubigers zu kurz käme [12]).

4) Die römiſchen Juriſten ſind darüber einig, daß eine jede Zuſtimmung des Pfandgläubigers zur Veräußerung ſeines Pfands

11) a. Anſ. O. A. G. zu Celle bei Seuff. Arch. Bd. 9 n. 225.
12) cfr. noch l. 1 C. de patria potestate 8, 47.

Digitized by Google

einen Verzicht auf das Pfandrecht involvirt [13]). Eine solche Zustimmung wird schon im Unterschreiben der Verkaufsinstrumente gesehen. Sie liegt natürlich auch dann vor, wenn der Pfandgläubiger das Pfand im Namen und Auftrag des Schuldners verkauft [14]). Nachträgliche Genehmigung steht einer von vornherein erfolgenden Zustimmung völlig gleich [15]). An und für sich nothwendig ist freilich der Schluß von der Einwilligung zum Verkauf auf den Verzicht auf das Pfand nicht, er kann daher durch eine sofort eingelegte Gegenerklärung aufgehoben werden. Indessen gilt im Zweifel als Absicht der Partheien bei jedem Veräußerungsgeschäft, daß — von Pfandrecht und Usufruct — freies Eigenthum übertragen werde und dieser Absicht giebt der Gläubiger seine Genehmigung, wenn er ohne weiteres bei einem solchen Geschäft mitwirkt. Dies sind die Hauptfälle, in denen die Römer einen Verzicht auf das Pfandrecht annahmen, obgleich er nicht ausdrücklich erklärt war. Es versteht sich, daß der gleiche Schluß auch unter andern Umständen möglich ist, wenn die Absicht des Verzichts klar ist.

Der Pfanderlaß hat nicht immer gleiche Kraft; bald liberirt er die Sache vollständig, bald hat er eine mehr beschränkte und relative Wirkung:

a) Zuweilen bezieht er sich nicht auf die ganze Pfandsache, sondern nur auf einen reellen oder ideellen Theil des Pfands. Einen Fall der letztern Art bespricht Marcian ad formulam hypothecariam l. 8 § 4 D. q. m. p. s. 20, 6:

> Si plures dederint pro indiviso et cum uno creditor paciscatur, ne hypothecae sit, deinde ab eo petat, etiam si hic cum quo pactus est, solidum fundum possideat pro indiviso: quia de parte convenisset, non repellit eum a toto.

Mehrere hatten gemeinsam eine Sache verpfändet und Einer der Verpfänder schloß einen Vertrag über Befreiung derselben von der Hypothek. Dieser Vertrag kommt ihm nur für einen ideellen Theil zu gut, selbst wenn er später die ganze Sache besitzt; denn es gilt als die ver-

---

13) l. 58 D. de r. j. 50, 17. l. 4 § 1 D. q. m. p. s. 20, 6. l. ult. C. de remiss. 8, 26. vgl. Platner im Archiv f. c. Pr. Bd. 32 S. 119 ff. Ihering Jahrb. Bd. II. S. 129. Hinsichtlich des Usufructs cfr. l. 4 § 12 D. de exc. doli mali 44, 4. Ueber ein andres Verhältniß l. 48 pr. D. de operis libert. 38, 1.

14) l. 8 § 15 D. h. t. 20, 6. Note mean ... !

15) Hinsichtlich der Zustimmung des Pfandgläubigers vor Weiterverpfändung vgl. § 158.

Digitized by Google

muthliche Absicht des Gläubigers nur auf die Rechte, die er von dem Mitcontrahenten erhielt und die auf diesem lasteten, zu renunciiren. Eines andern Falls, in welchem der Verzicht nur auf einen ideellen Theil ging, gedenkt Gajus

> ad form. hypothecariam l. 7 § 3 D. q. m. p. s. 20, 6. Si convenit de parte pro indiviso alienanda, si certa res est, quae venit, potest dici de reliqua parte ab initio agi oportere, nec obstat exceptio.

Der Pfandgläubiger hatte seine Genehmigung zum Verkauf eines ideellen Theils, etwa der Hälfte, gegeben, der Verpfänder statt dessen einen reellen Theil der Sache (certa res), gleichfalls die Hälfte, verkauft. Schützt hier die Concession des Gläubigers den Käufer gegen die Anstellung der actio hypothecaria? Gajus verneint dies, indem er dem Gläubiger gestattete, vom Käufer den ideellen Theil der Pfandsache mit der Pfandklage zu fordern, da er sich das Recht an diesem Theil der ganzen Sache vorbehalten hat.

b) Die Liberation kann unter Bedingungen, Vorbehalten aller Art, oder auch nur zu Gunsten gewisser Personen geschehen. Solche Beschränkungen sind selbstverständlich, wenn der Verzicht aus der Zustimmung zu einem gewissen Veräußerungsgeschäfte geschlossen wird. Man nimmt zwar an, daß der Creditor dieses von ihm genehmigte Geschäft mit seinen Consequenzen aufrecht erhalten wollte und insoweit verzichtete, daß aber sein Verzicht einen weitern Umfang nicht habe, als dieser Zweck erforderte. Ueber dieses Verhältniß sind uns zahlreiche, casuistische Ausführungen erhalten, auf die wir näher eingehen müssen. Unbezweifelt war, daß dann, wenn der Pfandgläubiger dem Verpfänder gestattete, innerhalb einer bestimmten Zeit, etwa der Frist eines Jahres, zu verkaufen, und wenn der Verkauf erst nachher erfolgte, das Recht des Gläubigers intact blieb [16]), selbst wenn der Zeitpunkt des Verkaufs keinerlei Interesse für ihn hatte. Dagegen konnte fraglich werden, ob dann, wenn dem Erblasser der Verkauf verstattet war, auch noch der Erbe befugt sei, frei zu verkaufen. Vielleicht bewog Vertrauen zur Persönlichkeit des Erblassers, ein besonderes Wohlwollen für diesen den Gläubiger zu einer Concession, die er dem Erben nicht gemacht hätte. Marcian erklärt indessen in l. 8 § 16 D. h. t. 20, 6 daß in praxi

16) l. 8 § 18 D. h. t. cfr. l. 27 § 1 D. de pactis 2, 14.

Digitized by Google

hierauf keinerlei Rücksicht genommen werde, da solche specielle Motive meist nicht zu ermitteln sind und man an der Regel festhält, daß der Erbe die Befugnisse des Erblassers exerciren könne. Kommt dagegen ein Dritter in Besitz der Pfandsache und schreitet zum Verkauf derselben, so kann — wie l. 8 cit. § 16 bezeugt — dieser sich auf die Erlaubniß nicht beziehen, die dem Vorgänger im Besitz gegeben war, da eben die Sache nicht schlechthin befreit, sondern nur die Person, zu deren Gunsten die Concession gegeben war, durch Gestattung des Verkaufs begünstigt werden sollte. — Wenn der Gläubiger den Verkauf gestattete, der Schuldner aber verschenkte oder zur Dos gab, so liegt es nahe, schlechthin die Liberation zu leugnen, da der Gläubiger zu solchen Acten seine Zustimmung nicht ertheilt hatte. Gleichwohl spricht sich Marcian hiefür keineswegs unbedingt aus. Vielmehr läßt er sich folgendermaßen vernehmen l. 8 § 13 D. h. t.

> Sed si permiserit creditor vendere, debitor vero donaverit, an exceptione illum summoveat? an facti sit magis quaestio numquid ideo venire voluit, ut pretio accepto ipsi quoque res expediat? quo casu non nocebit consensus. Quodsi in dotem dederit vendidisse in hoc casu recte videtur propter onera matrimonii.

Wenn der Gläubiger den Verkauf verstattete, ohne seine Einwilligung an den Erlös eines gewissen Preises zu binden und der Schuldner verschenkte das Pfandobject, so sind nach Marcian zwei Fälle zu unterscheiden. Entweder hat der Gläubiger dem Schuldner den Verkauf verstattet, damit dieser ihn sofort aus dem Kaufpreis befriedige. Hier, erklärt Marcian, kann die Schenkung dem Gläubiger nicht entgegengestellt werden. Es kann aber auch sein, es lag eine solche Absicht nach Lage der Umstände nicht vor, für diesen Fall scheint Marcian anzunehmen, daß der Gläubiger, dem es hier gleichgültig sein müsse, ob der Schuldner verkaufte oder verschenkte, auch vom Beschenkten zurückgewiesen werden könne. Schon dies hat manches Bedenken, da Verzichte nicht leicht ausdehnend auszulegen sind. Juristisch aber nicht zu rechtfertigen ist es, wenn Marcian fortfährt, daß dem Gläubiger, welcher den Verkauf erlaubte — allerdings ohne einen bestimmten Preis zur Bedingung zu machen — seine Concession entgegenstehe, wenn der Schuldner nicht verkaufte, sondern statt dessen die Pfandsache zur Dos gab; dies selbst, wenn die Meinung war, daß der Gläubiger aus dem

Digitized by Google

Erlös befriedigt werde [17]). Hat der Creditor geſtattet zu verſchenken, ſo kann der Schuldner, fährt Marcian fort, auch verkaufen. Wenigſtens müſſen ganz beſondere Umſtände vorliegen, aus denen erhellt, daß der Gläubiger nur eine Schenkung an eine beſtimmte Perſon, etwa einen Freund, concediren wollte, wenn er ſich den Verkauf nicht gefallen laſſen will. Ein Verkauf um einen höhern Preis als der Creditor fixirt hat, iſt ſtets geſtattet, ein Verkauf um eine niedrigere Summe iſt dem Gläubiger unſchädlich.

Der Verzicht, den der Gläubiger durch ſeine Zuſtimmung zu einem Veräußerungsgeſchäft ausſpricht, iſt ſeinem Zweck gemäß abhängig von dem Zuſtandekommen und dem Beſtehen der Veräußerung. Zerſchlägt ſich daher das Geſchäft, dem der Gläubiger ſpeciell zugeſtimmt hat oder macht der Verpfänder von der allgemeiner ertheilten Erlaubniß zu verkaufen innerhalb entſprechender Zeit keinen Gebrauch oder iſt der vorgenommene Verkauf aus irgend einem Grund nichtig, ſo kann der Gläubiger das Pfand vindiciren. Dies iſt ihm auch dann möglich, wenn der Verkäufer vom Käufer belangt und — ungerechtfertigterweiſe — abſolvirt wurde. Ebenſo würde die Pfandklage wieder anwendbar, wenn der Verkäufer dem Käufer ſtatt das Kaufobject zu liefern das Intereſſe geleiſtet hätte, da hier die Sache ſelbſt nicht veräußert iſt. Dagegen ſteht dem Gläubiger ſeine Genehmigung, auch wenn der Schuldner die Sache noch nicht tradirt hat, ſolange entgegen, bis ſich entſchieden hat, daß der Kauf keinen Effect hat; dies auch dann, wenn der Käufer zur Zahlung nicht parat iſt und der Verkäufer genöthigt iſt, auf den Kaufpreis unter Oblation der Kaufſache zu klagen [18]). Deßgleichen iſt dann, wenn der Creditor dem Verpfänder geſtattet hat die Pfandſache zu legiren, die Pfandklage gehemmt bis ſich der Legatar über die Annahme erklärt. Schlägt er aus oder fällt das Legat ſonſt zuſammen, ſo kann das Pfandrecht wieder geltend gemacht werden [19]).

Der Verzicht, welcher in der Zuſtimmung zur Veräußerung liegt, wirkt nur zu Gunſten deſſen, an welchen mit Zuſtimmung des Gläu-

17) Thomasius de rem. pignoris taciti per remiss. debiti wirft Marcian vor decisionem falsam esse et rationem pro ea allatam parum ad quaestionem pertinentem. Sollte eine Interpolation zu Gunſten der Dosbeſtellung Seitens der Compilatoren vorliegen, die ſich durch die weiberfreundlichen Intentionen ihres Herrn leiten ließen?

18) l. 4 § 2 l. 8 § 6 l. 10 pr. D. h. t.

19) l. 8 § 11 D. h. t. 20. 6.

Digitized by Google

bigers veräußert wurde, sowie der Successoren desselben, keineswegs aber zu Gunsten eines Dritten, welcher seine Rechte nicht von jener Veräußerung her direct oder indirect ableitet. Sehr schwierig schien aber die Frage, ob der Verpfänder, welcher die Sache, sei es durch Rückkauf, sei es durch Erbgang, zurückerhielt, die Pfandansprüche des Gläubigers zurückweisen konnte, trotzdem, daß er die ehemals versicherte Schuld nicht gezahlt hat. Es sprach hierfür die strenge Consequenz, denn der Schuldner besitzt jetzt in seiner Qualität als Successor jenes Käufers, dem gegenüber der Pfandgläubiger verzichtet hat. Auf der andern Seite lag aber doch eine große Unbilligkeit darin, wenn der Verpfänder selbst, dem der Gläubiger die Veräußerung an Dritte gestattet hatte, sich hierauf mißbräuchlich berief, um das Pfandrecht des Gläubigers in seiner Durchführung zu hemmen, ehe er die versicherte ihm obliegende Schuld gezahlt hat. Noch zweifelhafter stand die Sache, wenn der dritte Erwerber Erbe des Verpfänders geworden war. Marcian entscheidet sich auch hier für die billigere Ansicht, wonach dem Gläubiger der Verzicht nicht entgegengestellt werden konnte, obgleich er offenbar einen völlig zureichenden Grund für dieselbe nicht fand. Denn was er anführt, daß es gerade Pflicht des Debitors gewesen wäre, dafür zu sorgen, daß der Gläubiger vom Erwerber aus dem Kaufpreis abgefunden werde, ist wenigstens nicht durchschlagend und nicht unter allen Umständen wahr. Dagegen läßt sich für die Ansicht Marcians geltend machen, die Absicht des Gläubigers beim Verzicht war eben nicht, daß der zur Zahlung der Schuld persönlich Verpflichtete frei besitze, sondern, daß der Käufer, welcher Nichtschuldner ist, nicht in Folge des Pfandrechts in Mitleidenschaft gezogen werde. Die Renunciation bleibt natürlich auch in diesen Fällen den dinglich Berechtigten gegenüber in Kraft, welche von dem Käufer ihre Recht erhalten hatten, zu dessen Gunsten der Gläubiger verzichtet hatte. Ihnen kann nicht schaden, daß dem Schuldner gegenüber hinterher die Kraft des Pfandrechts wieder auflebt [20]).

20) l. 8 § 7 § 8 D. q. m. p. s. 20, 6. Supervacuum est quaerere, agrum specialiter hypothecae datum permissu creditoris veniisse, si ipse debitor rem possideat: nisi quod potest fieri, ut debitor permissu creditoris vendiderit, deinde postea bona fide redemerit ab eodem vel ab alio, ad quem per successionem ea res pertinere coepisset: aut si ipse debitor emptori heres exstiterit. Veruntamen cum pecunia soluta non sit: doli mali suspicio inerit, translata ad praesens tempus, ut possit creditor replicationem doli mali objicere. Illud videamus, si Titius debitor voluntate creditoris sui vendiderit Maevio

Digitized by Google

Mit der Entſcheidung von Marcian, welche auf einem geſunden juriſtiſchen Tact beruht, ſteht wenig im Einklang, wenn auch äußerlich ein directer Widerſpruch nicht vorliegt, eine Verordnung Juſtinian's hinſichtlich der Zuſtimmung zur Veräußerung einer Sache, die in einer Generalhypothek begriffen iſt. Man ſollte denken, wenn eine ſolche Sache vom Schuldner zurückerworben iſt, müſſe ſie wenigſtens von jetzt an in den Pfandnerus fallen, da dieſer ja auch die künftig von ihm erworbenen Sachen von vornherein verpfändet hat. Gleichwohl hat Juſtinian anders entſchieden. Unter der Menge von Conſtitutionen, welche am 17. October 532 über die verſchiedenſten Rechtsmaterien publicirt wurden, befand ſich auch folgende:

> l. 11 C. de remiss. pign. 8. 26. Solita providentia utimur etiam de pignoribus vel hypothecis rerum, quae quibusdam creditoribus suppositae postea a debitoribus venduntur vel alio modo transferuntur creditore suum consensum contractui praebente et quodam legitimo postea modo ad priorem dominum revertuntur. In hoc enim casu diversae sententiae legum prudentibus habitae sunt: quibusdam dicentibus, jus pignoris creditori renovari propter verbum futurarum rerum, quod in generalibus hypothecis poni solitum est, aliis, penitus exstingui. Nobis autem visum est, eum, qui semel consensit alienationi hypothecae et hoc modo suum jus respuit indignum esse eandem rem utpote ab initio ei suppositam vindicare vel tenentem inquietare.

Der einzige Grund, der ſich für eine verſchiedene Behandlung der Special- und der Generalhypotheken in unſerem Betracht etwa auffinden läßt [21]), iſt, daß bei der Generalhypothek in der Regel noch andere Vermögensſtücke im Pfandnerus zurückbleiben, daß alſo unterſtellt werden kann, der Gläubiger halte ſich durch dieſe für genügend geſichert

vel ei, a quo Maevius emerit et postea Maevius Titio haeres exstiterit et creditor ab eo petat, quid juris sit. sed iniquum est auferri ei rem a creditore, qui non successionis jure sed alio modo rem nactus est. Potest tamen dici, quum Titii dolus in re versaretur, ne creditor a possessore pecuniam recipiat, iniquissimum esse ludificari eum.

21) Negusantius p. 6 m. 3 n. 23 nennt unſre Verordnung mirabilis. Thomasius de remiss. pign. p. 36 erklärt ſie für irrationabilis und um deßwillen nicht recipirt.

Digitized by Google

und erlasse sein Pfandrecht an der einem Schuldner verkauften Sache unbedingt und unbeschränkt für jetzt und in Zukunft. Dazu kam, daß die Tendenz Justinians im Ganzen eine dem Schuldner günstige und gegen den Gläubiger gerichtete ist.

Man hat unsre Verordnung in dem Sinn zu erklären gesucht, daß nur die Annahme, als sei die Hypothek im Fall des Wiedererwerbs durch den Schuldner nie aufgehoben worden, verworfen sei, daß aber der Wiedereintritt in Folge der Clausel über die Verpfändung künftig erworbener Sachen nicht abgelehnt werde [22]). Offenbar mit Unrecht. Justininian referirt nur die Existenz von zwei Meinungen, Wiederentstehung der Hypothek bei Wiedererwerb der Sache, Ausschluß der Verpfändung für immer. Er entscheidet sich für die letztere Ansicht.

§ 170. Untergang der Pfandsache [1]).

Natürlicherweise verliert das Pfandrecht seine Existenz, wenn das Object desselben, die Pfandsache, völlig zu Grunde geht, z. B. das verpfändete am Ufer liegende Grundstück wird völlig weggespült, eine verpfändete Mobilie verbrennt zu Asche [2]). Kaum weniger selbstverständlich ist, daß solche Veränderungen mit der Pfandsache, welche deren Identität nicht antasten und ihr nur eine neue ökonomische Bestimmung geben, ohne Einfluß auf das Pfandrecht bleiben [3]), es ist z. B. die Verwandlung eines Ackers in Wiese, in Wald, in ein Gebäude, eines Gebäudes in einen Garten für das Pfandrecht ohne Bedeutung, da dieses Recht nicht an eine specielle Art der ökonomischen Verwendung gebunden ist. Bekanntlich geht dagegen der Ususfruct in Folge einer solchen Veränderung unter, weil nach derselben eine Benutzung in der ursprünglich beabsichtigten Weise nicht mehr möglich ist.

---

22) Vermehren Archiv für civil. Praxis Bd. 13 S. 29.

1) Walch (Trutschler) de jure creditoris mutata re oppignerata. Jenae 1769. Huschke in Lindes Zeitschrift Bd. 20 S. 257 ff.

2) Ebenso erlischt das Pfandrecht an einem Recht durch dessen Vernichtung l. 8 pr. D. q. m. p. s. 20, 6. Ueber eine Modification dieses Satzes vgl. oben Bd. I S. 221. Scheurl krit. Vierteljahrsschrift Bd. II S. 445. Windscheid Pand. § 219 not. 8. Darüber, daß das Pfandrecht an einer Forderung nicht untergeht, wenn deren ursprünglicher Gläubiger und der Schuldner eine Person werden vgl. Bd. I S. 474. Windscheid Pand. § 205 not 4.

3) l. 16 § 2 D. de pign. 20, 1. Vgl. hierüber Huschke in Lindes Zeitschrift n. F. Bd. V S. 104.

Digitized by Google

Die Gränze kann freilich zweifelhaft werden, welche die bloße Veränderung vom völligen Untergang der alten Sache scheidet. Denn die bloße Identität des Stoffes einer neu entstandenen Sache mit einer andern, deren Material zur Neubildung vernutzt wurde, macht beide nicht identisch. Ein wesentliches Moment der Unterscheidung der Sachen ist einerseits ihre äußere Form, andrerseits die Mischung und Zusammensetzung der einzelnen Elemente.

Die Untersuchung, die hier anzustellen ist, wird noch complicirter dadurch, daß häufig in den Fällen, in welchen eine neue Sache entsteht, angenommen werden kann, die Absicht des Verpfänders sei im voraus darauf gerichtet gewesen, eventuell auch diese künftige Sache zu verpfänden. Die einzelnen in Betracht kommenden Verhältnisse sind folgende.

a) Die verpfändete Mobilie kann sich einer andern Sache, die ihr gegenüber als Hauptsache erscheint, unificiren; dies ist z. B. der Fall bei verbautem Material, bei einer Pflanze, die in fremden Boden versetzt ist und dort Wurzel schlägt, bei der Farbe, die zur Färbung fremden Stoffes vernutzt ist.

Hierbei ist zu unterscheiden. Wo eine innere und organische Einheit eintritt, wie z. B. beim Baum, der Wurzel schlug, da gilt die Sondereristenz des Individuums für immer als vernichtet und das an ihm bestehende Pfandrecht ist für immer untergegangen. Wo dagegen die Einheit eine mehr mechanische ist und eine äußerliche bleibt, wie bei der Verbindung von Baumaterial, ist die Sondereristenz nicht aufgehoben, sondern nur für die Zeit der Verbindung gebunden. Nach einer Trennung tritt daher das dereinst bestehende Pfandrecht wieder in seiner Integrität hervor [4]).

Zu Grunde geht das Pfandrecht, wenn eine solche Umbildung der Sache, sei es in der Mischung ihrer Elemente oder in der Gestaltung ihrer Form eintritt, daß sie nach den Anschauungen des Lebens und des Verkehrs eine andere geworden ist, denn die verpfändete Sache existirt nicht mehr, die neue ist nicht verpfändet. Dabei forderten aber die römischen Juristen, daß die Sache nicht mehr in ihre frühere Gestalt zurückgeführt werden könne, indem sie nach einem Rechtsaxiom, das zur

4) l. 26 § 2 D. de a. r. d. 41, 1. l. 23 § 5 D. de R. V, 6. 1. Dagegen l. 23 cit. § 7. l. 6. l. 7 D. ad exhib. 10, 4. l. 7 § 10 D. de a. r. d. 41, 1. u. a. a. O.

Digitized by Google

anerkannten Geltung kam, dies als nothwendiges Kennzeichen wirklicher Neubildung der Sache erachteten [5]). Durch eine eigentliche Specification aber, d. h. eine absichtliche Verwandlung eines Stoffs in eine neue Sache ist dieser Untergang des Pfandrechts nicht bedingt. Es muß vielmehr das Pfandrecht auch erlöschen, wenn die Sache in Folge eines Naturprocesses, der ohne jedes menschliche Zuthun sich vollzieht, deßgleichen wenn sie durch eine menschliche Handlung, bei der dieses Resultat nicht beabsichtigt war, zur völlig neuen wird. Es geht also namentlich das Pfandrecht zu Grunde im Fall zufälliger Confusion verschiedner, nicht gleichartiger und auch nicht scheidbarer Massen [6]), denn obgleich hier für die Eigenthümer, welche jene Stoffe verpfändeten, ein Miteigenthum nach ideellen Theilen entsteht, so ist dies nun ein neues Recht an einer neuen Sache (novi corporis species), welches ihnen von Rechtswegen zugetheilt wird und dem Pfandgläubiger nicht verliehen ist. Lag eine eigentliche Specification der Pfandsache vor, so ist es gleichgültig, ob ein Dritter die Pfandsache specificirte und zu seinem Eigenthum machte, oder ob der Verpfänder selbst die Specification vornahm; denn nicht der Wechsel des Eigenthums ist das Entscheidende, diesen würde das Pfandrecht überdauern, sondern der Untergang des bisherigen Pfandobjects. Auch geht das Pfandrecht richtiger Ansicht nach unter, mag nun der Specificant das Pfandrecht im Augenblick der Specification gekannt haben oder nicht. Denn, wenn wir auch annehmen, daß der Specificant, welcher wissentlich und diebischer Weise fremden Stoff vernutzt, kein Eigenthum für sich erwirbt, sondern in Folge einer Rechtsfiction angesehen wird als für den Eigenthümer des Stoffs arbeitend [7]), so ist dieser Gesichtspunkt doch nicht zutreffend, falls der Specificant das Pfandrecht eines Andern kennend, handelt.

Von vornherein kann übrigens ausgemacht werden, daß die künftig durch Specification entstehende Sache gleichfalls verpfändet sein solle. Hier ist zur Entstehung des neuen Pfandrechts gefordert, daß die neuentstehende Sache ins Eigenthum des Verpfänders oder seiner Erben

---

5) Das Pfandrecht an Geld erlischt schon durch dessen Vermischung mit anderm Geld, so daß die verpfändeten Stücke nicht mehr heraus gefunden werden können, weil hierin eine Consumtion der verpfändeten Stücke gesehen wird. l. 78 D. de solut. 46, 3.

6) l. 7 § 8. § 9 D. h. t. 41, 1.

7) l. 12 § 3 D. ad exhib. 10, 4. l. 4 § 20 D. de usurp. 41, 3. l. 52 § 14 D. de furt. 47. 2. vgl. Arndts Pand. § 155 Anm. 3 und dort Cit.

Digitized by Google

fiel, sei es, daß dieser selbst oder durch seine Leute specificirte, sei es, daß ein Fremder mala fide specificirt und so für den Verpfänder als Stoffeigenthümer erwirbt. Jener Convention gedenkt Paulus libro 20 ad edictum, in welcher zugleich die bisher dargestellten Principien ihre Bestätigung finden.

l. 18 § 3 D. de pign. a. 13, 7. Si quis caverit, ut silva sibi pignori esset, navem ex ea materia factam non esse pignoris Cassius ait [8]), quia aliud sit materia, aliud navis et ideo nominatim in dando pignore adjiciendum esse ait: quaeque ex silva facta natave sint.

In einigen Fällen kann fraglich sein, ob nicht eine aus der verpfändeten sich entwickelnde Sache als stillschweigend verpfändet anzusehen ist. So fragt sich, ob die Haut eines Thieres verpfändet bleibt, wenn dasselbe zu Grunde geht. Während des Lebens des Thiers kamen dessen Glieder und Theile nur als Organe desselben in Betracht, da sie so lange zusammen eine innere organische Einheit darstellten. Erst jetzt erscheinen die Reste für die Verkehrswelt als eigne, mit dem Moment der Auflösung des Thiers gleichsam neu entstehende Sachen. Das Pfandrecht, welches das Ganze umspannte, dauert also an und für sich nicht an solchen Resten fort. Doch läßt sich behaupten, daß dieselben nach Analogie der Früchte und der Accessionen als im voraus für den Fall des Zugrundegehens des Thiers mitverpfändet sind, obgleich der Begriff der Früchte streng genommen hier unanwendbar ist. Jedenfalls wird der Creditor, der im Besitz der Pfandsache war, an dem, was von derselben bei ihm übrig blieb, ein Retentionsrecht exerciren können, da eine Connexität zwischen dem Besitz dieser Ueberreste und der versicherten Forderung vorliegt.

b) Bei Immobilien bestimmt sich die Identität der Sache nach der Grundfläche. Das Pfandrecht besteht fort, so lange diese nicht durch außergewöhnliche Naturereignisse, Erdbeben, Wassergewalt, Bergsturz verschwindet. Deßhalb bleibt die Fläche verpfändet, falls das verpfändete

8) Windscheid Pand. I. S. 653 Anm. 10 findet es mit Recht bemerkenswerth, daß Cassius der Sabinianer diesen Satz aufstellte, obgleich Cassius — Gaj. II. 79 — der Ansicht war, daß im Fall einer Specification die Sache nicht dem Arbeiter, sondern dem Stoffeigenthümer zufalle. Allein auch die Sabinianer betrachteten die specificirte Sache keineswegs als mit der alten identisch, sie hielten es nur für der Rechtsration entsprechend, daß die neue Sache dem zugetheilt werde, von dem der Stoff herkomme und nicht dem, welcher ihn verarbeitet.

Digitized by Google

Haus zu Grunde geht, und ein auf derselben vom Verpfänder oder Dritten errichteter Neubau tritt in den Pfandnexus, da er mit Nothwendigkeit den Schicksalen der Grundfläche folgt [9]).

Es erhebt sich die Frage, ob dem Gläubiger, dem ein Haus verpfändet ist, nach dessen Zerstörung an den Baumaterialien desselben ein Pfandrecht zustehe? [10]) Diese Materialien sind nicht neue Sachen, die sich erst bei der Zerstörung bilden, sondern sie hatten schon vor der Verbindung ihre besondere Existenz, es war bereits ein selbstständiges Eigenthum an denselben vorhanden, es ist dasselbe nur während der Verbindung gebunden; es ruht namentlich in der Hinsicht, daß in der Zwischenzeit eine Klage auf Trennung oder eine selbstständige vindicatio nicht angestellt werden kann. Dagegen scheint uns, daß solche Sachen — anders wie bei den Bestandtheilen eines organischen Wesens — noch während der Verbindung als bereits präsente vom Eigenthümer derselben verpfändet werden können [11]). Die Frage reducirt sich also darauf, ob anzunehmen ist, daß der Wille dessen, der ein Haus als Gan-

---

9) l. 21 D. de p. a. 13, 7. l. 29 § 2 l. 35 D. de pignoribus 20, 1. Anders beim Usufruct l. 36 D. de usufr. 7, 1. l. 10 § 1 § 7 D. q. m. u. a. 7. 4. Kind quaest. for. IV. 43 erwähnt den Fall, in welchem zwei Nachbarhäuser zwei verschiedenen Pfandgläubigern verpfändet waren, beide abbrennen, die Fläche beider in einer Hand vereinigt und auf derselben ein einziges Haus erbaut wird, welches eine seiner Bauanlage nach nicht trennbare Einheit darstellt. Man könnte annehmen, es liege hier eine Art von Confusion vor und hiernach entscheiden, daß in Folge derselben jedem Pfandgläubiger ein Pfandrecht am ganzen Hause zustehe und zwar zu einem ideellen Theil, welcher dem verhältnißmäßigen Werth der Grundfläche des ihm verpfändeten Hauses zur Grundfläche des Nachbarhauses entspricht. Arg. l. 19 pr. D. comm. div. 10, 3 l. 83 D. pro socio 17, 2. Indessen dem römischen Rechte wäre eine solche Entscheidung nicht conform, denn dieses hält mit unerbittlicher Consequenz daran fest, daß sich die Immobilie durch die Grundfläche und deren Gränze bestimme und scheut sich demnach nicht, dem Eigenthümer eines benachbarten Territoriums, auf dessen Gebiet das Nachbarhaus theilweise herübergebaut ist, bis zur Gränze Eigenthum an dem Bau zuzuschreiben. l. 2 C. de rei vind. 3, 32. Demgemäß behält jeder Gläubiger ein exclusives Pfandrecht an dem auf seinem Areal errichteten Theil des Hauses. Ist ein selbstständiger Verkauf des einen Theils unthunlich, so ist er zu einer Verständigung mit dem Gläubiger des Nachbarareals genöthigt.

10) cfr. Bd. I S. 434.

11) Dies nach l. 23 § 5 D. de R. V. 6, 1. l. 7 § 10 D. de a. r. d. 41, 1. Allerdings weichen im Ausdruck ab l. 59 D. de R. V. 6, 1. l. 2 Cod. de r. v. 3, 32. cfr. Arndts Pand. § 152 Anm. 2. Allein es zeigt sich gerade bei der Frage der Verpfändbarkeit, daß die erste Auffassung praktischer ist, wie sie auch natürlicher scheint.

Digitized by Google

zes verpfändet hat, im Zweifel darauf gerichtet sei, auch dessen einzelne Materialien als solche mitzuverhaften.

Hiefür kann angeführt werden, daß der Zweck der Pfandcaution möglichst vollständige Sicherung des Eigenthümers nur erreicht wird, wenn die Einzelbestandtheile nicht nur in ihrer Verbindung zum Ganzen, sondern ohne Rücksicht hierauf als verpfändete gelten [12]). Auch bei einer Veräußerung des Hauses werden die einzelnen Materialien mitveräußert. Es wäre offenbar ein Absurdum anzunehmen, daß der Käufer, welcher ein Haus von dem kaufte, der dasselbe mit eignen Materialien errichtet hat, auf dieselben nach der Trennung keinen Anspruch habe [13]). Ein ähnlicher Schluß bei der Verpfändung scheint gerechtfertigt [14]).

Das Pfandrecht geht weiter dadurch unter, daß die Pfandsache in den Kreis der Dinge tritt, die dem Privateigenthum entzogen sind. So erlischt es an dem wilden Thiere, das verpfändet war, falls dieses die natürliche Freiheit zurückerhält, selbst wenn dasselbe künftig wieder von einem andern gefangen werden sollte. Es erlischt für immer an einem Grundstück, das zum Bett des Flusses wird, auch wenn derselbe später wieder zurücktritt, weil hier der Boden öffentlicher geworden ist. Ueberhaupt geht es zu Grund dadurch, daß die Pfandsache extra commercium kommt, z. B. zu einem öffentlichen Wege benutzt wird. Es entspricht aber der Natur der Sache, daß der Staat ebensosehr verpflichtet ist, dem Pfandgläubiger wegen des angemutheten Opfers Entschädigung zu leisten, als dies zu Gunsten des Eigenthümers Regel ist.

Was dem Pfandgläubiger geleistet ist, kann der Fiscus dem Eigen-

12) Anders steht es wieder beim Ususfruct l. 5 § 2 D. quibus modis ususfruct. 7, 4.

13) vgl. l. 11 § 6 D. de Publ. in rem act. 6, 2. Werden einzelne Baumaterialien evincirt, so findet nach l. 23 § 1 D. de usurp. 41, 3 eine actio ex emto statt. Im Widerspruch scheint zu stehen l. 36 D. de evict. 21, 2. nave aut domu empta singula caementa vel tabulae emptae non intelliguntur: ideoquo nec evictionis nomine obligatur venditor quasi evicta parte. Vielleicht sollte sich das bloß auf die actio ex stipulatu beziehen. Jedenfalls meint der Jurist hier nur, daß die Baumaterialien, die dem Verkäufer nicht gehörten, nicht mit verkauft seien. Sicher hatte er keinen Zweifel daran, daß die dem Verkäufer gehörenden dem Käufer folgten.

14) Frei bleibt dagegen jedenfalls, was nicht den Zwecken des Gebäudes diente, sondern nur temporär oder zu persönlichen Zwecken des Bewohners zugefügt war. Auf solche Objecte erstreckt sich der Verpfändungswille nicht.

Digitized by Google

thümer imputiren. Dagegen hat der Pfandgläubiger an und für sich kein Pfandrecht an der dem Verpfänder ausgezahlten Expropriationssumme oder an der ihm statt der expropriirten abgetretenen Sache [15]).

Es bedarf die Frage noch der Besprechung, ob der Pfandgläubiger die für den Fall des Untergangs oder der Deterioration der verpfändeten Sache vom Verpfänder ausbedungne Assecuranzsumme für sich in Anspruch nehmen könne [16]).

1) Der Anspruch auf die Assecuranzsumme kann bei der Verpfändung der Hauptsache oder auch später besonders verpfändet werden; die Verpfändung kann ausdrücklich oder stillschweigend geschehen. Letzteres ist der Fall, wenn ausgesprochen ist, „daß der verpfändete Gegenstand assecurirt sei", oder „daß der Schuldner das verpfändete Object zu versichern habe" [17]). Der Gläubiger bedingt dergleichen nicht im Interesse des Schuldners, für welches ihm nicht obliegt, zu sorgen, sondern in eignem Interesse um den Umfang seiner Rechte zu erweitern. Es sind daher in solchem Fall zwei Gegenstände verpfändet, das verassecurirte Object und die Forderung aus dem Assecuranzvertrag. Will der Gläubiger sich die Auszahlung der Versicherungssumme sichern, so hat er die Verpfändung dem Versicherer zu denunciren. Ist der Schuldner in der Bezahlung der Prämie säumig, so kann der Gläubiger dieselbe an dessen Statt zahlen und den hiefür ausgelegten Betrag dem Schuldner in der actio pignoratitia in Rechnung stellen. Ja wenn der Eigenthümer die Fortsetzung des Versicherungsvertrags ausdrücklich ablehnt, so kann der Pfandgläubiger sich gleichwohl auf Kosten des Verpfänders versichern, da er in Folge des Pfandvertrags ein Recht auf die Versicherung hat. Dann ist aber nicht der Eigenthümer der Versicherer, sondern der Gläubiger, und es wird nicht die Sache versichert, sondern das Pfandrecht an derselben.

Wird dem Gläubiger die Assecuranzsumme für ein vom Verpfänder oder in dessen Namen verassecurirtes Gebäude ausbezahlt und ist seine Forderung an den Verpfänder noch nicht fällig, so kann dieser darauf bestehen, daß der Gläubiger diese Summe zum Neubau verwende und

---

15) Nach preuß. Verordnung zunächst für die Kurmark u. s. w. vom 8. August 1832 ist in der Regel das Entschädigungsquantum zum gerichtl. Depositorio zu nehmen und erfolgt Auszahlung an den Eigenthümer nur unter Zustimmung der Hypothekarien oder wenn die eingetragenen Gläubiger bei ländl. Grundstücken noch für 2/3, bei städtischen zur Hälfte ihrer Forderungen gesichert sind u. s. f.

16) cfr. Madai Archiv f. c. Pr. Bd. 26 S. 201 ff.

17) a. Anf. Madai l. c.

Digitized by Google

nicht etwa das Capital bis zum Moment der Compensationsfähigkeit seiner Forderung retinire. Zu diesem Zweck kann er die actio pigneratitia in personam anstellen. Denn die Meinung bei der Verpfändung ging nicht dahin, daß dem Gläubiger Geld, sondern daß ihm zunächst ein Gebäude verpfändet sei. Dagegen wird dem Gläubiger die Verwendung der Geldsumme zum Zweck des Neubaues nicht mehr zugemuthet werden können, wenn seine Forderung an den Schuldner fällig und nicht gezahlt ist; der Gläubiger kann hier das Recht der Compensation mit der Assecuranzsumme geltend machen.

2) Geschah im Verpfändungsvertrag der Assecuranz keine Erwähnung, so erhält der Gläubiger keinen Anspruch auf die Assecuranzsumme. Der Satz pretium succedit in locum rei, auf den man sich etwa hiergegen berufen könnte, hat keineswegs eine allgemeine und durchgreifende Bedeutung, sondern tritt nur aus besondern Gründen ein[18]). Auch von einer stillschweigenden Verpfändung der Assecuranzansprüche kann die Rede nicht sein. Möglicherweise hat der Schuldner den Pfandgegenstand nach der Verpfändung assecurirt und wäre der Versicherungsvertrag auch älter als der Pfandcontract, so ist eine stillschweigende Verpfändung der Police wenigstens dann undenkbar, wenn der Creditor von deren Existenz nichts wüßte.

Eine besondere Schwierigkeit bietet der Fall, wenn der Concurs zur Zeit des entstandenen Brandes schon eröffnet war. Nimmt man an, daß die Versicherungssumme einfach in die den Chirographarien verbleibende Masse fällt, so würden diese in Folge des Brandes einen Vortheil ziehen, und sich auf fremde Kosten bereichern. Es entspricht daher sicher mehr der bei den Versicherungen waltenden Idee, daß der Concursrichter die Assecuranzsumme in demselben Verhältnisse distribuire, in dem er den aus der Sache selbst erlösten Kaufpreis vertheilen würde. Aus diesem Grund wird aber auch die Assecuranzprämie, welche während der Dauer des Concurses von der Concursmasse gezahlt wurde, nur den Gläubigern verhältnißmäßig aufgerechnet werden, welche aus dem versicherten Object befriedigt werden.

Das bisher Ausgeführte gilt da nicht, wo nach dem Landesgesetz eine Verpflichtung gewisse Objecte, z. B. Gebäude zu versichern, existirt,

---

18) Es ist zudem ein lucrum non ex re, sondern propter negotiationem nach l. 21 D. de her. vel a. vend. 18. 3. and. Auf. Windscheid Pand. I. S. 653 Anm. 10.

Digitized by Google

bestehe nun eine vom Staat verwaltete gegenseitige für alle Unterthanen obligatorische Versicherung oder sei jeder Unterthan verbunden, bei einer anerkannten Unternehmung sich zu versichern. Hier wird man die Versicherung geradezu als Pertinenz des versicherten Objects betrachten müssen, welche im Zweifel mitverpfändet ist. — Zum Schlusse sei hervorgehoben, in welcher Weise der Gläubiger die Assecuranz des Pfandobjects in die Hand nehmen kann:

a) Der Gläubiger kann als Mandatar des Schuldners auftreten. Ein solches Mandat enthält, wie uns scheint, zugleich eine stillschweigende Verpfändung der vom Mandatar erworbenen Police.

b) Der Gläubiger kann als negotiorum gestor des Schuldners handeln. Ratihabirt der Schuldner das Geschäft, so ist, da auch hier beim Gläubiger präsumtiv die Absicht waltete zugleich sein Interesse zu verfolgen und der Schuldner diese Intention kennend genehmigte, gleichfalls eine Verpfändung der Assecuranzansprüche anzunehmen.

c) Der Pfandgläubiger kann die Pfandsache, insoweit sein dingliches Recht an derselben reicht, assecuriren. Der Schuldner und die andern Hypothekarien erhalten hieraus kein Recht, können vielmehr für sich, soweit ihr Interesse reicht, die Sache gleichfalls versichern. Der Hypothekar kann natürlich in Folge einer solchen Assecuranz nie mehr erhalten als er jure pignoris bei der Vertheilung des Kaufpreises bekommen hätte, falls der versicherte Gegenstand nicht untergegangen wäre.

§. 171. Vereinigung von Pfandrecht und Eigenthum [1]).

Das Pfandrecht erlischt, wenn sich Eigenthum und Pfandrecht in einer Hand vereinigen [2]). Hierauf führt schon der formale Grundsatz, daß an der eignen Sache ein weiteres, das Eigenthum beschränkendes dingliches Recht nicht möglich ist. Dazu kommt aber, daß der Zweck

---

1) Wening Archiv f. c. Pr. Bd. VI. S. 134 ff. Francke civ. Abh. n. 2 S. 107 ff. Geduld von Jungenfeld Ueber das Pfandrecht an eigner Sache. Gießen 1827. Büchel Erört. n. 2 S. 84. 2. Aufl. Bd. I. S. 197 ff. Fritz Erläut. I. S. 545 ff. Sintenis Pfandr § 17 S. 96 ff. Bachofen Pfandr. S. 84 ff. Baugerow Pand. § 392. Keller Recension krit. Jahrb. Bd. XI. S. 989. Brinz Pand. I. S. 302. Arndts Pand. § 389 Anm. Windscheid Pand. I. S. 655.

2) l. 29 D. de p. a. 13, 7. l. 33 § 5 D. de usurp. 41, 3. l. 45 D. de R. J. 50, 17.

Digitized by Google

des Pfandrechts unrealisirbar wird, sowie der Gläubiger Eigenthümer des Pfandobjects wird. Denn nur eine Sache, die nicht bereits zu seiner Vermögenssphäre gehört, kann ihm Befriedigung für seine Forderung, mit andern Worten, die effective Einlieferung des durch die Forderung ausgedrückten Werths in sein Vermögen verschaffen.

Ist aber das Pfandrecht einmal durch Confusion untergegangen, so kann es nicht wieder aufleben, wenn der Gläubiger später die erworbene Sache weiter einem Andern überträgt und ebensowenig, wenn er etwa seine Forderung durch Cession weiter veräußert [3]). Denn es ist ein durchgreifendes Princip des römischen Rechts, daß ein einmal erloschenes Verhältniß für immer abgethan bleibt [4]). So geht die Servitut für immer durch Confusion unter, wenn der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks das dienende erwirbt. Wird dieses später von dem Erwerber wieder weiter verkauft, so bleibt es anerkannten Rechten nach frei, falls nicht auf's neue und besonders eine Dienstbarkeit an demselben constituirt wird [5]).

Dagegen ergibt sich von selbst, daß dann, wenn die Eigenthumsübertragung aus irgend einem Grunde nichtig ist, das nur scheinbar untergegangene Pfandrecht bestehen bleibt. Dies wird z. B. für den Fall entschieden, daß der Ehegatte ihm verpfändete Grundstücke vom Ehegatten geschenkt erhält [6]). Es versteht sich weiter, daß in allen Fällen, in welchen der Eigenthumserwerb rückwärts hin zusammenfällt, das Pfandrecht so fortbesteht, als wäre der Erwerb nie geschehen. Daher verbleibt dem Gläubiger sein Pfandrecht, wenn ihm die Erbschaft seines Schuldners, die er angetreten hatte, durch querela inofficiosi testamenti wieder entrissen wird [7]). Dagegen ist von einem Wiederaufleben des Pfandrechts keine Rede, wenn der Gläubiger die Sache zum Zweck der Herausgabe an einen Andern und nicht in

---

3) A. Anf. Windscheid Pand. Bd. I. S. 657.

4) vgl. l. 98 § 8 D. de solut. 46, 3.

5) l. 30 pr. D. de serv. praed. urb. 8, 2.

6) l. 7 § 6 D. de don. i. v. et. u. 24, 1. Si tibi maritus pignora propter dotem et pecuniam creditam data, non donationis causa vendidit, quod bona fide gestum est, manebit ratum: at si titulus donationis quaesitus ostenditur atque ideo venditionem irritam esse constabit: jure publico causam pignorum integram obtinebit. Pfandrecht und Eigenthum an derselben Sache werden hier offenbar als sich ausschließende Institute behandelt.

7) l. 57 D. de usufructu 7, 1. l. 38 § 1 D. de legatis I.

Digitized by Google

der Absicht, sie zu behalten, erworben hat [8]). Es muß das Pfandrecht namentlich dann für immer untergehen, wenn der Gläubiger zum Erben eingesetzt ist und die Erbschaft vermöge eines Universalfideicommisses zu restituiren hat. Mit dieser Consequenz steht in Widerspruch die Entscheidung der l. 59 pr. D. ad S. C. Trebellianum 36, 1 [9]). Dort behandelt Paulus den Fall, in welchem der Gläubiger zum Erben ernannt ist, und die Erbschaft einem Universalfideicommissar herauszugeben hat, sich aber des freiwilligen Antritts weigert und zu demselben vom Fideicommissar gezwungen wird. In solchem Fall soll das Pfandrecht fortdauern, trotzdem daß Eigenthum und Pfandrecht sich einen Moment lang in einer Hand vereinigten. Gewiß gilt dies eben nur für den Fall des erzwungenen Erbschaftsantritts. Hier erhält der Erbe keinen Augenblick reelle Disposition über das Vermögen des Erblassers, er soll nach einem anerkannten Rechtsprincip weder Vortheil noch Nachtheil aus dem Antritt haben; der Erbschaftsantritt geschieht hier in der That nur, um einer Form zu genügen [10]). Hier glaubte Paulus die eingetretene Confusion ignoriren zu können. Von diesem besondern Fall aber kann der allgemeine Schluß, daß ein Pfandrecht an der eignen Sache fortbestehen könne, gewiß nicht abgeleitet werden.

---

8) cfr. l. 116 § 4 D. de legatis I. l. 18 D. de servit. 8, 1. l. 9 D. comm. praed. 8, 4. l. 35 D. de bonis libert. 38, 2.

9) Debitor sub pignore creditorem heredem instituit eumque rogavit restituere hereditatem filiae suae: quum nollet adire ut suspectam coactus jussu practoris adiit et restituit: quum emtorem pignoris non inveniret, desiderabat permitti sibi jure dominii id possidere. Respondi: aditione quidem hereditatis confusa obligatio est, videamus autem, ne et pignus liberatum sit, sublata naturali obligatione. Atquin sive possidet creditor actor idemque heres rem, sive non possidet. Videamus de effectu rei! Et si possidet nulla actione a fideicommissario conveniri potest, neque pigneratitia, quoniam hereditaria est actio neque fideicommissum, quasi minus restituerit, recte petetur quod eveniret, si nullum pignus intercessisset; possidet enim eam rem quasi creditor. Sed et si fideicommissarius rem teneat, et hic Serviana actio tenebit, verum est enim non esse solutam pecuniam, quemadmodum dicimus, quum amissa est actio propter exceptionem . . Die Zufügung von actor nach atque sive possidet creditor ist sinnlos. Es ist zu lesen debitor idemque heres, da vielleicht die Buchstaben bi ausgefallen waren und detor dann actor gelesen wurde.

10) Auch die l. 13 § 1 l. 14 D. de test. milit. 29, 1 beweisen, wie man den Erbschaftsantritt im Fall der Anordnung eines Universalfideicommisses als Form zu betrachten anfing.

Digitized by Google

Die Tilgung des Pfandrechts durch Confusion könnte indessen rücksichtslos in ihren Consequenzen durchgeführt, dann Härten erzeugen, wenn auf der Pfandsache noch weiter Nachhypotheken lasteten. Diese würden sich, streng genommen, durch den Wegfall der Vorhypothek verbessern und in die Stelle einrücken, die bisher durch die jetzt confundirte Hypothek eingenommen war. Hierdurch aber entstünde ein Resultat, das der Absicht des Vorhypothekars bei Erwerb des Eigenthums entgegenliefe und einer vernünftigen Ordnung der Rechtsverhältnisse geradezu Hohn spräche. Der Pfandgläubiger wollte durch den Eigenthumserwerb eine vollkommnere Herrschaft über die Sache als bisher erhalten; statt dessen sähe er sich einer Eviction bloßgestellt, die ihm vorher nicht drohte; er müßte dulden, daß die Sache zur Befriedigung der Forderung eines Nachhypothekars verwendet würde, ohne Rücksicht auf sein eben erworbenes Eigenthumsrecht und ehe seine dereinst versicherte Forderung getilgt wäre.

Doch das Recht ist nicht dazu da, einem Formalismus zu dienen, der Formalismus existirt vielmehr der rechtlichen Interessen wegen. Da ein materieller Grund nicht vorlag, dem Gläubiger den Erwerb der Pfandsache praktisch unthunlich zu machen, da die Nachhypothekarien sich nicht beschweren können, wenn ihre Stellung trotz des Eigenthumserwerbs Seitens des Vorgängers unverändert blieb, so sicherte man dem Eigenthümer, welcher Hypothekar gewesen war, den Nachhypothekarien gegenüber die Stellung, die er früher gehabt hatte. Es ward hierdurch die Ordnung und verhältnißmäßige Kraft der dinglichen Rechte geändert. Während an und für sich die Hypotheken dem Eigenthumsrecht vorgehen, erhält hier das Recht des Eigenthümers eine stärkere Kraft als die Hypotheken. Zu diesem Zweck exercirt er exceptiones, aber er behält auch — was sich allerdings nur aus der Fassung der römischen Klagformel erklärt — unter Umständen geradezu die actio hypothecaria, die er als Gläubiger gehabt hatte. Diese Vertheidigungs- und Angriffsmittel stehen ihm aber nicht zu, um die Ausübung pfandrechtlicher Befugnisse vorzubereiten und zu sichern, ihr einziger Zweck geht jetzt dahin, das Eigenthumsrecht des frühern Hypothekars zu schützen. Die Fortificationen, die einst das Pfandrecht vertheidigten, sind jetzt nach geschlossenem Frieden übergegangen in die Hände des Eigenthümers. Deßwegen sind wir nicht genöthigt, nicht berechtigt, wie dies von Vielen geschieht, den Begriff eines Pfandrechts an eigner Sache aufzustellen. Wo die Hauptwirkungen eines Rechts

Digitized by Google

verschwunden sind und nur secundäre übrig sind, wo der innere Gehalt fehlt, der Zweck, der dem Institut seinen Charakter aufprägt, nicht mehr realisirbar ist, wo nur das äußere Gerüst zu ganz andern Zwecken beibehalten ist, da können wir von der Fortdauer eines Rechts nicht reden, die nur bei Erhaltung seiner wesentlichen Integrität angenommen werden kann. Nicht das Pfandrecht besteht in seinen negativen Befugnissen fort, denn diese sind nicht selbstständige, sondern nur die Consequenzen seiner positiven Berechtigungen, vielmehr hat das Eigenthumsrecht des ehemaligen Pfandgläubigers hier besondere Berechtigungen, die ihm sonst nicht zukommen.

Zwei Hauptfälle sind übrigens zu unterscheiden:

a) der Gläubiger wird Eigenthümer der Pfandsache, ohne daß die versicherte Forderung bei diesem Erwerb in Berücksichtigung kam. Dies wird seltner der Fall sein, wenn er die Pfandsache auf einen oneroſen Titel hin erwirbt; denn hier wird meist Aufrechnung der versicherten Forderung auf den Kaufpreis beliebt werden, wenn der Gläubiger nicht zufälligerweise in Unkenntniß von seinem Forderungsrecht war [11]). Regelmäßig tritt aber dieser Fall ein, wenn das Pfand dem Gläubiger vom Schuldner vermacht oder geschenkt wurde [12]).

Die Gestaltung der Verhältnisse unter dieser Constellation behandelt Paulus im vierzehnten Buch seiner Quästionen l. 30 § 1 D. de exc. rei judic. 44. 2. Folgender Rechtsfall war dem Juristen vorgelegt worden. Bei Gelegenheit eines Erbschaftsstreites zwischen Mävius dem wirklichen Erben und einem Erbschaftsprätendenten Namens Titius war es zu einem Vergleich gekommen, in welchem Titius dem Mävius außer einigen erbschaftlichen Vermögensstücken, die er restituirte, auch ein ihm eigenthümlich zustehendes Grundstücke zu Eigenthum überließ. Auf diesem Grundstück haftete eine Hypothek Seitens des X; dieser stellte gegen den Mävius die actio hypothecaria an und drang mit derselben durch. Noch später fand Mävius Urkunden, wonach die fragliche Sache bereits seinem Großvater und zwar vor

---

11) Es kann indessen dem Gläubiger von solchem Interesse gewesen sein, die Sache zu erwerben, daß er den Preis zahlte, während seine — vielleicht noch nicht kündbare Forderung — die etwa durch andere Objecte noch versichert ist, stehen bleibt.

12) l. 85 D. de legatis II. l. 16 C. de legatis 6, 37.

Digitized by Google

dem X verpfändet war und nun frug er an, ob er dies sein Recht, welches er zur Zeit des ersten Processes noch nicht gekannt hatte, dem X gegenüber durchführen könne, ohne eine exceptio rei judicatae fürchten zu müssen.

Die Hauptfrage, die Paulus vorgelegt wurde, war also die nach der Bedeutung, welche das Urtheil im ersten Proceß zwischen Mävius und dem Nachhypothekar X für die früher noch nicht erörterten Pfandansprüche des Mävius hatte. Hierauf läßt sich der Jurist weitläufig ein. Er weist nach, daß dann, wenn der Kläger eine rei vindicatio anstellt und mit ihr obsiegt, zugleich darüber entschieden sei, daß Verklagter nicht Eigenthümer sei, und daß diesem eine exceptio rei judicatae entgegenstünde, wenn er sich unterfangen wollte, trotz jenes Urtheils, als Kläger mit der Eigenthumsklage aufzutreten. Dagegen sei dann, wenn Jemand ein Pfandrecht geltend mache und mit dieser Behauptung obsiege, dem unterliegenden Beklagten unbenommen später mit einer Klage wegen eines ihm zustehenden bessern Pfandrechts hervorzutreten, da hierüber durch jenes Urtheil nicht entschieden sei. Erst nach Erledigung dieses Punkts geht Paulus zu der vom Quärenten nicht berührten Frage über, die uns hier zunächst interessirt, ob Mävius das ihm zustehende Pfandrecht nicht dadurch verloren habe, daß er das Eigenthum an dem verpfändeten Grundstück erlangte. Der Jurist läßt sich hierüber folgendermaßen aus:

> In proposita autem quaestione magis me illud movet, numquid pignoris jus exstinctum sit dominio adquisito; neque enim potest pignus perseverare [13]) domino constituto creditore; actio tamen pigneratitia competit: verum est enim et pignori datum et satis factum non esse: quare puto non obstare (rei) judicatae exceptionem.

Die Entscheidung von Paulus ist völlig correct. Er verwirft in der bestimmtesten Weise die Fortdauer des Pfandrechts nach dem Erwerb des Eigenthums an der Pfandsache durch den Pfandgläubiger. Dennoch gesteht Paulus dem Eigenthümer immer noch die actio hypothecaria zu, die dieser vor der Confusion seines Pfandrechts gehabt hatte [14]). Die formalen Bedingungen dieser Klage waren noch vor-

13) Bachofen Pfandr. S. 87 versteht unter pignus Pfandbesitz offenbar ohne zulänglichen Grund.

14) Diese Erklärung geben bereits die Basiliken LI. 2, 27. Anton Faber

Digitized by Google

handen. Denn die Formel der actio hypothecaria, die in factum gefaßt war, setzte zur Verurtheilung nicht die Existenz eines im Moment der Urtheilsentscheidung bestehenden Pfandrechts voraus, sondern ponirte nur dereinstiges Abschließen einer Pfandconvention und dann daß die versicherte Forderung nicht getilgt und eine satisfactio des Gläubiger nicht eingetreten sei. Die positiven Voraussetzungen der Pfandklage waren also trotz des Eigenthumserwerbs anzuerkennen, die negativen nicht eingetreten; so konnte die actio hypothecaria dem Mävius noch dienen, obgleich er nicht mehr Pfandgläubiger war und die Klage nur benutzte, um den Nachhypothekar aus dem Felde zu schlagen, um sein Eigenthumsrecht wieder unbehindert zu exerciren. Natürlich kann aber der zweite Pfandgläubiger die Kraft der Klage des Mävius immer noch dadurch brechen, daß er ihm den Betrag seiner Forderung vollständig abzahlt.

Manche wollen den Schutz des Vorhypothekars, welcher die Pfandsache zu Eigenthum erwarb, dem Nachhypothekar gegenüber auf den Fall beschränken, daß der Erstere beim Erwerb der Sache seine Pfandrechte an derselben nicht kannte und sie berufen sich hiefür auf unsere Entscheidung des Paulus [15]). Dies scheint uns dem Sinn derselben nicht zu entsprechen. Nur bei der Frage, ob das Urtheil, welches dereinst dem zweiten Pfandgläubiger die Sache zuerkannte, dem Mävius präjudicire, wenn er nun seine erste Hypothek geltend mache, wird auf die Nichtkenntniß dieses Rechts durch den ehemaligen Beklagten zur Zeit der ersten Proceßverhandlung Gewicht gelegt, da sich hieraus ergibt, daß dieser Anspruch im ersten Verfahren nicht vorgebracht und nicht beurtheilt ist. Dagegen hat der Pfandgläubiger, welcher das Eigenthum erwarb, nicht um deßwillen einen Anspruch auf Schutz gegen die Nachhypothekarien, weil er sein Pfandrecht beim Erwerb nicht kannte, sondern weil es unbillig wäre, daß diese sich auf die Confusion ihm gegenüber berufen.

b) Häufig erwirbt der Gläubiger das Eigenthum an der Pfand-

---

conj. VII. 18 u. A. Daß sie unrömisch sei, ist noch zu erweisen. Dem Wortlaut der Stelle entspricht sie allein. Denn es ist gewiß gewagt, die Worte nec enim potest, die ein anerkanntes Axiom enthalten, aufzufassen, als einen von Paulus verworfenen Zweifelsgrund. A. Anf. Francke l. c. S. 121. Windscheid Pand. S. 656 Anm. 26.

15) Francke Abh. S. 121. Vangerow § 392.

Digitized by Google

sache statt seiner Forderung, sei es, daß er dieselbe vom Schuldner in solutum empfing oder daß er sie erkaufte und die Forderung auf den Kaufpreis aufrechnete. Hier kann nun von Forteristenz eines Pfandrechts in keiner Weise die Rede sein, man müßte denn auch bereit sein die accessorische Natur des Pfandrechts preis zu geben [16]). Gleichwohl wird der Eigenthümer auch hier in gleicher Weise gegen Nachhypothekarien geschützt, wie er bisher als Pfandgläubiger gegen sie gedeckt war [17]). Der zweite Pfandgläubiger hingegen kann, wie wir bereits ausführten, da die Confusion ihm weder Nachtheil noch Vortheil bringen soll, dem Vorgänger auch hier noch den Betrag von dessen früherer Forderung offeriren und sich auf diese Weise die freie Ausübung seiner pfandrechtlichen Befugnisse verschaffen [18]).

§ 172. Erlöschen durch Untergang der versicherten Forderung [1]).

Die bisher erörterten Beendigungsgründe sind dem Pfandrecht mit allen andern dinglichen Rechten gemeinsam. Specifisch ihm eigenthümlich sind zwei Erlöschungsgründe, gehöriger Pfandverkauf und Tilgung der versicherten Forderung. Von dem ersten ist hier nicht weiter zu handeln, da wir dessen Wirkung früher eingehend darstellten [2]). Dagegen ist die Beendigung durch Untergang der versicherten Forderung näher darzustellen.

Erlöschen des Pfandrechtes mit der Forderung folgt aus dem innersten Wesen des Verhältnisses. Denn der ganze Apparat der pfandrechtlichen Befugnisse hat den einzigen Zweck Befriedigung für die versicherte Forderung herbeizuführen und wo diese bereits spurlos verschwunden

---

16) Hier wo pecunia soluta war, konnte die actio hypothecaria nicht benutzt werden, es genügte aber auch die rei vindicatio vollständig, indem man die Einrede der Nachhypothek durch eine replicatio beseitigte, vgl. Bang. § 392.

17) l. 1 C. si antiquior cred. 8, 20. l. 17 D. qui pot. 20, 4.

18) Ebenso haben wir früher (§ 164) gezeigt, daß der dritte Käufer, welcher die Pfandsache vom Schuldner kaufte, wenn ein vorstehender Pfandgläubiger nach Vertrag mit seinem Geld abgefunden ist, gegen Nachhypothekarien Schutz erhält. Es bleibt dem zweiten Pfandgläubiger nur das Recht der Oblation l. 3 § 1 D. qui pot. 20, 5. l. 3 C. de his, qui in priorum. 8. 19.

1) Bachov de pign. V. cap. 2. Francke civilistische Abhandl. n. 2. Büchel Erört. 1. Aufl. I. S. 40 ff. 2. Aufl. S. 55. Bekker Jahrb. Bd. IV. S. 417 ff.

2) oben § 115 S. 224 ff.

Digitized by Google

ist, also nicht mehr gezahlt werden kann, da wäre das Pfandrecht ohne innern Gehalt, es geht von selbst zu Grunde. Dies ist aber nur da richtig, wo die Forderung völlig verschwindet. Bleibt sie, wenn auch mit geschwächter Wirksamkeit bestehen, ist nur die Klage erloschen, oder hat die Forderung wenigstens noch soweit eine naturale Wirksamkeit, daß sie noch gezahlt werden kann, dann kann das Pfandrecht fortexistiren. Diese Sätze sind von der spätern classischen Jurisprudenz mit wünschenswerther Deutlichkeit ausgesprochen und bestätigt werden. Auf der einen Seite läßt sich Ulpian libro 2 regularum (l. 43 D. de solut. 46. 3 [3]) folgendermaßen aus:

> In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur puta adpromissores, hypothecae, pignora; praeterquam quod inter creditorem et adpromissores confusione facta reus non liberatur [4]).

Auf der andern Seite erklärt Ulpian libro 73 ad edictum l. 14 § 1 D. de pignoribus 20, 1.

> Ex quibus causis naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit.

Nur eine andre Form desselben Satzes wird enthalten das vielcitirte Rescript von Gordian

> l. 2 C. de luit. pignoris 8, 31. Intelligere debes vincula pignoris durare personali actione submota [5]) (a. 240).

---

3) Wenig bedeutet in seiner unbestimmten Fassung: l. 178 D. de R. J. 50. 17 (Paulus) quum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur locum habent. cfr. l. 129 § 1 D. cod.

4) Die Anfügung des Nachsatzes mit praeterquam ist auffallend. Der Sinn kann nur sein, in der Regel geht die Accession mit der versicherten Forderung zu Grunde — es giebt aber Fälle, in denen die Accession liberirt wird, obgleich der Hauptschuldner verhaftet bleibt.

5) Je abgerissner diese Aeußerung unseres Rescripts ist, um so eifriger hat man die ursprüngliche specielle Beziehung zu enträthseln gesucht. Doch vergeblich. Am wenigsten kam der Wahrheit nahe Cujacius obs. V. c. 32, welcher die Entscheidung mit der vorgehenden l. 1 von Alexander in Verbindung setzte und herauslesen wollte, daß das Pfand vollständig hafte, obgleich dessen Besitzer, der Partialerbe des Verpfänders, seine Schuldquote abzahlte. Hier dauert ja die personalis actio, wenn auch nur gegen die Miterben fort. Verfehlt ist auch der Versuch von Giphanius expl. leg. diff. Codicis II p. 368 durch Einschieben eines non einen ihm genehmen Sinn zu gewinnen. Wir müssen uns dabei beruhigen, daß der Satz die allgemeine Wahrheit enthält, wenn nur die Klage fortfällt, die Obligation naturaliter bestehen bleibt, müsse der Pfandnexus fortdauern.

Digitized by Google

Wenn nun aber die spätere Jurisprudenz sich das Verhältniß in einer runden und fertigen Abstraction klar machte, so fehlte doch viel, daß dieselbe auch schon in der älteren Zeit in dieser Gestalt anerkannt wurde. Die Römer schreiten auch hier von der concreten Erscheinung aus allmählig vor zu weiterer Abstraction; die Spuren dieser ältern Auffassung sind auch noch im jüngsten Recht nicht verwischt. Die Erkenntniß selbst, daß es neben klagbaren Obligationen auch klaglose Obligationen (obligationes naturales) giebt, wurde erst verhältnißmäßig spät gemacht und reicht keinesfalls weit über den Anfang der Kaiserzeit hinaus. Innere Wahrscheinlichkeit hat es, daß sich diese Theorie zur Zeit Ciceros entwickelte, als man begann allgemeine systematische Gesichtspunkte aufzustellen und von ihnen aus den Rechtsstoff principiell zu gestalten. Ihren Abschluß erhielt dieselbe aber erst in der hadrianischen Zeit, vor Allem durch Julianus. Dies zeigt uns jene vielcitirte Aeußerung dieses Juristen, welche freilich niemals eine Würdigung finden kann, wenn man den Begriff der naturalis obligatio als fertigen in die Anfänge des Rechts verlegt

> l. 16 § 4 D. de fidejuss. 46, 1. Julianus libro 53 Digestorum. Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua earum nomine competit, verum etiam, quum soluta pecunia repeti non potest.

Der Fall, in welchem die römische Jurisprudenz zuerst die Existenz einer naturalis obligatio annahm, war der Contract des Sklaven. Ein solcher Contract, nicht klagbar gegen den Sklaven selbst, liefert doch je nach Umständen Fundament und Stoff zu Klagen gegen den Herrn. Ihn bezeichnet Julian, wenn er als anerkanntes Kennzeichen der naturalis obligatio anführt, daß sie zu einer Klage den Grund gebe [6]. Aber Julian giebt dem Begriff der Naturalobligation eine weitere Ausdehnung. Auch dort erkennt er sie an, wo eine Schuld gezahlt werden kann, die Obligation also irgend eine wenn auch noch so schwache Wirkung ausübt. Das Gepräge dieser Aeußerung ist der Art, als handle es sich nicht um eine überlieferte Wahrheit, sondern um neue, eben errungene Erkenntniß. Ist dies richtig, so verdankt die Lehre von der naturalis

6) Dies ist die Erklärung von Schwanert Naturalobligation S. 83 ff. Andre Auffassungen siehe dort.

Digitized by Google

obligatio ihre jetzige Form Julian, der auch in so vielen andern Rechtsmaterien schöpferisch und gestaltend auftrat [7]).

Gehört aber die Formulirung und Fixirung des Begriffs der naturalis obligatio unsres Bedünkens nach erst einer späteren Zeit an, so ist doch der Thatbestand, dem man hiermit seinen wissenschaftlichen Ausdruck gab, im römischen Recht viel früher hervorgetreten. Dies namentlich auf dem Boden des Pfandrechts. Hier gewann der Gegensatz zwischen Tilgungsgründen, welche die Obligation völlig vernichten und solchen, die nur die Klage aufheben, frühzeitig thatsächliche Bedeutung. Als normalen Endigungspunkt des Pfandrechts hatten die Geschäftsformulare, welche römischer Sitte gemäß stehend wurden, ursprünglich Zahlung der Schuld (soluta pecunia) hervorgehoben. Dazu kam noch in älterer Zeit häufig bessere Sicherheit des Gläubigers (satisdatio) und später schon mehr abstrahirend anderweitige Befriedigung desselben (satisfactio). Dieselben Endigungsgründe zählte auch die Formel der actio hypothecaria auf und sie bildeten den Ausgangspunkt, von dem aus die Jurisprudenz operirte. Das juristische Gefühl, das Bedürfniß nöthigte sie dazu, zahlreiche Endigungsgründe der Obligation der solutio gleichzustellen, entweder durch Subsumtion unter das dehnbare Wort solutio oder durch gelegentliche Hinzufügung eines entsprechenden Zusatzes zur Formel. In Bezug auf manche andre Endigungsgründe der Obligation schien eine Gleichstellung nicht gerechtfertigt, vielmehr fand man es recht und billig, daß das Pfandrecht fortbestehe trotz des Untergangs der Förderungsklage. Erst nachdem so die eine Classe von Beendigungsarten der Obligation von der andern bereits gesondert war, kam die inzwischen zur Entwicklung gelangte Lehre von der naturalis obligatio zu Hülfe, man fand die theoretische Rechtfertigung für die Annahme des Fortbestehens oder Erlöschens des Pfandrechts, daß in dem einen Fall die obligatio völlig untergegangen sei, in dem andern naturaliter fortbestehe. Daher bedient sich Paulus in der l. 59 pr. D. ad S. C. Trebellianum 36, 1 der Wendung „propter pignus remanet naturalis obligatio [8]), d. h. wir erkennen an dem Fortbestehen des pignus das Fortdauern der naturalis obligatio.

7) Den Ausspruch von Julianus wiederholt wörtlich Paulus libro 47 ad Sabinum. l. 10 D. de obl. et act. 44, 7. Es beweist dies, welch großes Gewicht man auf denselben legte. Vielleicht liegt hierin eine Andeutung, daß Paulus diese Auffassung bei Sabinus noch nicht entwickelt fand.

8) Ebenso Afrikanus l. 8 D. de cond. indeb. 12, 6 manere naturalem obli-

Digitized by Google

Viele Neueren haben abweichende Anschauungen von unserm Verhältniß [9]). Sie halten daran unbedingt fest, daß das Pfandrecht nur dann zu Grunde gehe, wenn pecunia soluta oder eo nomine satisfactum est und formuliren als Dogma „daß überall, wo ohne Befriedigung des Gläubigers die Erlöschung der Forderung durch einen außer dem Willen des Gläubigers liegenden Umstand herbeigeführt wird, die Pfandklage also auch das Pfandrecht fortbestehen bleibe." Es würden also drei Classen von Tilgungsgründen der Obligation zu unterscheiden sein, erstens solche, bei denen eine naturalis obligatio bestehen bliebe, hier dauerte das Pfandrecht schlechthin fort, zweitens solche, bei denen die Forderung völlig auch ihrem naturalen Bestandtheil nach unterginge, dies indessen ohne Befriedigung oder ohne den Willen des Gläubigers, hier bliebe das Pfandrecht ebenfalls bestehen, endlich Tilgung durch Zahlung oder Abfindung; nur in solchem Fall ginge das Pfandrecht unter.

Ein solches System ist principiell unhaltbar und trägt den innern Widerspruch in sich. Denn die Endwirkung des Pfandrechts bleibt doch stets Zahlung einer Forderung, wie kann aber gezahlt werden, was nicht existirt. Wenn man dann wieder ausführt, in den Fällen der zweiten Art sei die Forderung zwar völlig untergegangen, aber das Pfandrecht habe Halt genug an der Forderung, die es gleichsam in sich aufgenommen hat, so giebt man in einem Satz die naturale Forterisstenz der Forderung doch wieder zu, die man im andern geleugnet hat. Man vergegenwärtige sich aber auch die Consequenzen der Gegenansicht. Wenn der Gläubiger wegen unerlaubter Selbsthülfe sein Forderungsrecht nach dem decretum divi Marci verliert, soll er dann sein Pfandrecht behalten, weil er weder befriedigt noch sonst abgefunden ist? Soll dasselbe auch in allen andern Fällen der Verwirkung einer Forderung sich erhalten, z. B. bei der Cession einer Forderung gegen den Mündel an den Vormund? Und wie gar, wenn der Gegenstand der Schuld durch einen Zufall zu Grunde geht! Daß auch hier der Gläubiger nicht befriedigt ist, ist klar; dennoch wird von einem Fortbestehen des Pfandrechts nicht die Rede sein [10]).

---

gationem argumento esse, quod extraneo agente . . . deduceret pater quod sibi filius debuisset.

9) Anton Faber conject. lib. VII. cap. 16. Oportere quidem ad pignoris constitutionem, ut praecedat obligatio aliqua sed eo semel constituto tamdiu durare actionem, quamdiu verum est non esse solutam pecuniam . . tametsi tota obligatio . . interciderit et exstincta sit.

10) cfr. Arndts Pand. § 391 Anm.

Digitized by Google

Für die Gegenansicht hat man angeführt, daß auch nach erbloſem Tode des Schuldners Pfänder haften, wie vorher. Dieſe Thatſache iſt unzweifelhaft richtig. Für die Bürgen wird uns die Haftung ausdrücklich bezeugt [11]). Für Pfänder iſt ſie ſelbſtverſtändlich. Wenn Papinian entſcheidet, die Bürgen eines in feindliche Gefangenſchaft Gerathnen haften in der Zwiſchenzeit nicht, quia neque jus neque persona esset, ad quam verba stipulationis dirigi possint l. 5 D. pr. ut legat. seu fideic. 36, 3, ſo liegt hierin kein Widerſpruch; es erklärt ſich dies, weil wegen der Möglichkeit des postliminium ungewiß iſt, wer Hauptſchuldner iſt, der Gefangne ſelbſt oder falls er nicht zurückkehrt in Folge der fictio legis Corneliae ſeine Erbſchaft. Die Verhaftung der Acceſſionen nach dem erbloſen Tode des Schuldners erklärt ſich aber von ſelbſt, weil die Schuld hier gar nicht untergeht, vielmehr des Schuldners Vermögen ſeine Perſon fortſetzt (hereditas personam defuncti sustinet). Dieſe Fiction tritt eben unmittelbar mit dem Tode des Schuldners ein und dauert bis er einen Rechtsnachfolger gefunden hat [12]).

§ 173. Fortſetzung.

Im Folgenden behandeln wir einige der vornehmſten Tilgungsgründe der Forderung und beſprechen ihren Einfluß auf das Pfandrecht.

1. An der Spitze ſteht die Zahlung an den Gläubiger [1]), die normale Art der Tilgung der verſicherten Forderung. Natürlich iſt es gleichgültig, ob der Schuldner ſelbſt zahlte oder ein Dritter für ihn. Selbſt wenn ein Geſchäftsträger in der Abſicht, ſeinen Regreß gegen den

---

11) l. 95 § 1 D. de solut. 46, 3 tenetur ex stipulatu actione fidejussor, quemadmodum tenebatur, si debitor sine herede decessit. l. 1 § 14 D. depositi 16, 3.

12) Eine beſondre Schwierigkeit macht die Frage, ob das für die Schuld des filiusfamilias von Dritten geſtellte Pfand noch nach deſſen Tode verhaftet bleibe. Denn der filiusfamilias hinterließ bekanntlich nach claſſiſchem Recht keine hereditas cfr. l. 11 D. de fidej. 46, 1. l. 18 D. ad S. C. Maced 14, 6. Schwanert Naturalobligation S. 402. Windſcheid Pand. I. S. 659. Wir müſſen conſequenterweiſe annehmen, daß man in claſſiſcher Zeit Untergang des Pfandrechts ſtatuirte und haben jedenfalls keinen Beweis für das Gegentheil. Seit der chriſtlichen Zeit hinterläßt dagegen auch der Hausſohn eine Erbſchaft und die Annahme der Fortdauer des Pfandrechts iſt unbedenklich.

1) Daß die Zahlung an den Vertreter des Gläubigers an den Creditor des Creditors, ſowie an den, der deſſen Erbe wurde, gleichſtehe, beſagt l. 11 § 5 D. de p. a. 13, 7.

Digitized by Google

Schuldner zu nehmen, mit eignem Gelde die Schuldsumme abführte, ist die Schuld und das Pfandrecht getilgt und es bleibt Jenem nur die actio negotiorum gestorum [2]). Anders freilich, wenn er sich die Schuld vor oder bei Befriedigung des Gläubigers cediren ließ. Aber erzwingen kann der Geschäftsführer eine solche Cession nicht, ebensowenig wird sie vermuthet. Ist der Geschäftsträger in den Besitz der Pfänder gesetzt, so hat er ein Retentionsrecht gegenüber dem Schuldner, deßgleichen aber auch gegenüber Nachhypothekarien, deren Pfandrecht durch seine Auslage verbessert ist. Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn ein Bürge die Hauptschuld abzahlt, doch kann dieser die Zahlung weigern, bis ihm der Gläubiger cedirt.

Die Zahlung tilgt Forderung und Pfandrecht für immer. Giebt der Gläubiger nachträglich die empfangne Summe dem Schuldner zurück — mag dies auch grade in den Münzsorten geschehen, die er erhalten hat, so lebt das einmal untergegangne Pfandrecht nicht wieder auf, auch dann nicht, wenn die Partheien sich über deren Reconstituirung einigten und die Forderung etwa im Hypothekenbuch ungelöscht stehen geblieben war. Freilich muß die Zahlung ächt und wahr sein, nicht bloß den Schein einer solchen an sich tragen. Keine wirkliche Zahlung und Liberirung der Pfandsache liegt vor, wenn das gezahlte Object einem Dritten gehört oder auch nur einem Dritten verpfändet ist, denn dieser kann hier dem Gläubiger die gezahlte Sache wieder entziehen [3]). Dagegen würde wieder Liberation eintreten, wenn der Gläubiger die gezahlten, dem Dritten gehörigen Geldstücke consumirt hätte; denn der bisherige Eigenthümer verliert in Folge dieser Consumtion seine vindicatio, und erhält auch keine condictio an deren Statt, weil der Empfänger nichts durch seine Vermittlung erhalten hat, noch weniger aber kann von einer condictio des Zahlenden die Rede sein, da der Empfänger nicht auf dessen Kosten bereichert ist; so kommt es, daß der Gläubiger den Werth seiner Forderung in diesem Fall dauernd in sein Vermögen gebracht hat. Anders freilich, wenn er bei der Consumtion der Geldstücke wußte, daß sie einem Dritten gehörten [4]), denn dann bleibt er dem Eigenthümer als einer qui dolo malo desiit possidere, ja gradezu mit der condictio furtiva tenent, der Betrag der Forderung

2) l. 1 pr. D. h. t. 20, 6.
3) l. 20 D. de solut. 46, 3.
4) l. 17 D. de solut. 46, 3.

Digitized by Google

ist also noch nicht dauernd in sein Vermögen gekommen [5]). Ulpian hebt noch hervor, daß eine Zahlung mit verrufnen Münzen eine Befreiung des Schuldners und eine Lösung des Pfandverhältnisses nicht herbeiführt [6]). Es ist das selbstverständlich, wenn der Gläubiger die Außerkraftsetzung der Münze nicht kannte, ohne Unterschied, ob dieselbe den legalen Metallwerth enthält oder nicht. War aber dem Gläubiger der Verruf bekannt, so kann er nicht nachträglich Zahlung in besserer Sorte verlangen.

2) Nimmt der Gläubiger freiwillig statt des geschuldeten Objects ein andres an Zahlungsstatt, so ist Forderung und Pfandrecht vollständig erloschen [7]). Fraglich aber ist, ob das Pfandrecht dann wieder auflebt, wenn die an Zahlungsstatt gegebene Sache evincirt wird. Wir haben früher hervorgehoben, daß hierüber unter den römischen Juristen Meinungsverschiedenheit bestand [8]) und uns der Ansicht angeschlossen, wonach die Hingabe an Zahlungsstatt das alte Verhältniß für immer vernichtet, so daß es selbst im Fall einer Eviction nicht wieder zur Geltung kommt. Auch die Deposition an öffentlichem Ort steht der Zahlung gleich, falls die Schuldsumme dem Creditor vorher gehörig angeboten war oder dieser ungewiß oder nicht aufzufinden ist, der Schuldner kann daher auf Rückgabe der Pfänder klagen [9]). Dagegen wird der Schuldner wieder verhaftet, wenn er das Depositum zurücknimmt. Zweifelhaft ist nur, ob Bürgen und dritte Pfandbesitzer von den Folgen der Zurücknahme berührt werden, oder ob deren Befreiung eine definitive war. Die letztere Ansicht hätte viel für sich, wenn die Deposition wirklich, wie hie und da behauptet wird, den Charakter einer Befreiung ipso jure an sich trüge. Aber weder die Natur der Sache noch positive Bestimmung spricht hiefür. Die Obrigkeit behandelte das Schuldverhältniß als todt und abgethan, so lange das Schuldcapital zur Dis-

---

5) In l. 21 D. de jure fisci 49, 14 wird nach dem gleichen Princip entschieden, daß dann, wenn ein Fiscalschuldner seinem Privatgläubiger zahlt und der Fiscus von seinem Privileg Gebrauch machend, ihm die Summe wieder entzieht, die — hier nur scheinbar getilgte Schuld — und das für dieselbe bestimmte Pfandrecht wieder auflebt.

6) l. 24 § 1 D. de p. a. 13, 7.

7) l. 3 C. de luit. pignoris 8, 31.

8) oben S. 246 ff.

9) l. 10 l. 12 C. de pign. act. 4, 24. l. 12 C. de compens. 4, 31. l. 20 C. de pign. 8. 14. l. 3 C. de luit. pignoris 8. 31. cfr. l. 6 D. q. m. p. s. 20, 5.

Digitized by Google

position des Creditors stand, da dieser kein gehöriges Interesse mehr an anderweiter Geltendmachung der Forderung hatte. Mit dem Zurückziehen des Depositums muß auch die hemmende Wirkung der Deposition verschwinden [10]) und die Obligation wieder in ihre volle Integrität eintreten [11]).

3) Von selbst versteht sich das Erlöschen des Pfandrechts, falls die Erfüllung der Obligation durch zufälligen — dem Schuldner nicht imputablen — Untergang der geschuldeten Sache unmöglich wurde. Doch hat man behauptet, der Fortbestand des Pfandrechts sei wenigstens dann anzunehmen, wenn der dritte Besitzer des Pfands dolöserweise den Untergang des geschuldeten Objects und damit die Tilgung der Schuld veranlaßt habe. Uns scheint dies nicht richtig; denn die versicherte Forderung ist untergegangen, allerdings entsteht gegen den dolosen Dritten eine neue Forderung, eine actio doli, aber diese ist mit der ersten nicht identisch und also nicht pfandrechtlich geschützt [12]).

4) Auch mit der Novation der Forderung erlischt das sie deckende Pfandrecht [13]). Soll daher die neue Forderung wieder pfandrechtlich geschützt sein, so bedarf es einer erneuten Bestellung. Die Römer brachten wohl auch diesen Endigungsgrund in classischer Zeit unter den Ausdruck der Klagformel „solutio"; sprechen sie doch geradezu von summae quae per numerationem vel novationem solutae sunt (l. 21 § 3 D. de annuis legatis 33, 4). Freilich muß die neue Forderung civile oder wenigstens naturale Geltung haben, um das obligatorische Verhältniß in sich aufzunehmen und die alte Obligation zu tilgen. Wo

---

10) a. Anf. Voet ad Pand. lib. 46. 3 § 29. Hofacker princ. juris III § 4117. Thibaut Pand. (7. Aufl.) § 111 not. 9.

11) Ueber Compensation siehe meine Compensation S. 405. l. 4 D. qui pot. 20, 4.

12) So lautet die Antwort, wenn wir die inneren rechtlichen Principien des Verhältnisses zu Grunde legen. Dagegen argumentirt Schwanert Naturalobligation S. 401, die Formel der Pfandklage sei an und für sich in solchem Falle zuständig gewesen, da weder pecunia soluta noch satisfactum sei, der Einwand der Tilgung der Forderung hätte aber dem Pfandbesitzer gegenüber hier durch eine replicatio doli entkräftet werden können. Solche Argumentationen aus der Formel der Pfandklage finden sich bei den römischen Juristen in andern Fällen; in unserm Fall ist eine solche Behandlung der Sache nicht bezeugt. Wir halten sie auch nicht für gerechtfertigt, da die römischen Juristen sich eine Abweichung vom Princip, gestützt auf den äußern Formalismus, nur bei bedeutenden und dem materiellen Recht entsprechenden Zwecken gestatteten, die hier nicht vorliegen.

13) l. 60 D. de fidejuss. 46, 1. l. 4 C. de fidejussor. 8, 41.

Digitized by Google

dies nicht der Fall ist, bleibt die alte Forderung, damit auch das sie versichernde Pfandrecht bestehen. Auch geht dasselbe dann nicht zu Grunde, wenn zwar nach den Grundsätzen des Civilrechts eine Novation anzunehmen wäre, das prätorische Recht aber diese Tilgung völlig ignorirt. So steht es, wenn eine Frau durch Expromission gegen das S. C. Vellejanum intercedirend an Stelle des Principalschuldners zu treten sucht. Die neue Obligation hat hier nur eine formale, eine Scheinexistenz; die alte Forderung wird vom Prätor aufrecht erhalten, indem er — ohne ein besonderes Restitutionsgesuch abzuwarten — eine eigne restitutoria oder rescissoria actio proponirte, die, abgesehen von ihrer processualischen Form, sich von der frühern Klage nicht differenzirte [14]). Daß diese formelle Veränderung das für die Forderung gestellte Pfand auch nicht im mindesten afficirte, bezeugt Gajus libro 9 ad edictum provinciale l. 13 § 1 D. ad S. C. Vellejanum 16, 1.

> De pignoribus prioris debitoris non est creditori nova actione opus, quum quasi Serviana, quae et hypothecaria vocatur in his utilis sit, quia verum est, convenisse de pignoribus nec solutam esse pecuniam [15]).

Gegen die Bürgen hätte es, da die Klage gegen sie eine civile war, der Erhebung einer restitutoria actio bedurfte. Wegen der Pfänder war eine Veränderung in der Klagformel nicht vonnöthen. Diese Entscheidung kann nicht beweisen, daß das Pfandrecht im Stande ist, die Schuld zu überdauern. Es war die Schuld nicht getilgt, sie bestand in Wahrheit fort. Formell anders verhält sich natürlich die Sache, wenn die Schuld auch vom Standpunkt des prätorischen Rechts aus durch die Novation einmal untergegangen und erst nachher wieder durch ein besonderes Eingreifen der Obrigkeit zur Existenz zurückgeführt wird. Hier bedarf es einer besondern Restitution nicht nur für die Forderung, sondern auch hinsichtlich des Pfandrechts [16]).

5) Der Erlaß der Forderung geschah bei den Römern bekanntlich in zwei Weisen, der acceptilatio, welche dieselbe absolut beseitigte, und dem pactum de non petendo, welches dieselbe vermittelst einer ex-

---

14) l. 1 § 2 l. 8 § 7—13 D. ad S. C. Vellej. 16, 1. Unrichtig daher Keller Pandekten § 292 Anm. 20 gegen Göschen Vorles. II. 2. S. 531.

15) cfr. noch l. 8 C. ad S. C. Vellej. 4, 29.

16) cfr. l. 50 D. de min. 4, 4. l. 27 § 2 D. eod.

Digitized by Google

ceptio und oft nur für einen kleineren Kreis von Personen entkräftete. War die erste Form gewählt, so galt auch das Pfandrecht als erloschen, die Pfandklage griff nicht mehr, weil der Gläubiger als befriedigt galt [17]). Hatte der Gläubiger ein pactum de non petendo abgeschlossen, um von der Forderung abzustehen, so gestand man dem Besitzer der Hypothek dann eine exceptio gegen die Hypothekarklage zu, wenn der Schuldner direct oder indirect bei dessen Befreiung interessirt war [18]). Im Fall der Acceptilation war das Verhältniß für immer abgethan, im zweiten Fall konnte das alte Pfandrecht durch entgegenstehende Verträge wieder restaurirt werden. Da die römische acceptilatio aus unserm Leben verschwunden ist und wir nur formlose Erlaßverträge kennen, so mußte die Frage entstehen, welches der römischen Institute für dieselben maßgebend ist. Uns scheint, daß der Erlaßvertrag im Zweifel völlige Aufhebung der Obligation mit sich führt, schon mit Rücksicht auf Aussprüche des römischen Rechts, wonach man geneigter zur Tilgung als zur Erhaltung der Obligation sein soll [19]), vor Allem aber, weil das Einfache und Durchgreifende, als welches sich die völlige Beseitigung der Forderung darstellt, näher liegt und eher zu vermuthen ist als das mehr Künstliche.

Ist der Erlaß der Forderung durch Zwang herbeigeführt, so wird zwar an und für sich das für sie bestellte Pfand befreit, der Gezwungne kann jedoch mit der actio quod metus causa Wiederherstellung auch gegenüber Dritten, bei dem Gewaltact unbetheiligten fordern, da jeder hier belangt werden kann, an welchem etwas in Folge des Zwangs gelangte [20]). Geschah der Erlaß in Folge eines Betrugs, so kann Wiederherstellung des Pfandrechts nur gegenüber dem Betrüger gefordert werden [21]). Theilweisen oder völligen Erlaß involvirt der Vergleich über die Forderung, namentlich aber auch der Vertrag der

---

17) l. 49 D. de solut. 46, 3. l. 11 § 2 D. de p. a. 13, 7.

18) l. 17 § 2 D. de pactis 2, 14. l. 7 C. de rem. pign. 8. 26. l. 5 D. q. m. p. s. 20, 6. cfr. l. 21 § 5 D. de pactis 2, 14.

19) l. 47 D. de O. et A. 44, 7. Unger System II § 96 Anm. 17. 18. Arndts Pand. § 267 not. d.

20) cfr. l. 10 § 1 D. quod metus c. 4. 2.

21) Ist der Erlaß der Forderung wegen eines gesetzlichen Verbotes ungültig, so gilt das Pfandrecht gleichwohl als erlassen, wenn das Verbot sich nicht auch auf dessen Remission bezieht Bd. I S. 172 ff.

Digitized by Google

Partheien, wodurch die Existenz derselben von einem Eid des Schuldners abhängig gemacht wird, wenn dieser eidlich diffitirt.

l. 40 D. de jurej. 12, 2 Julianus lib. 10 Dig. Jusjurandum a debitore exactum efficit, ut pignus liberetur: est enim hoc acceptilationi simile, perpetuam certe exceptionem parit.

6) Wenn ein Urtheil die Nichtexistenz einer Forderung rechtskräftig, aber materiell unrichtig ausspricht, so erhebt sich die Frage, ob die Pfänder, welche die Forderung versicherten, durch eine solche Sentenz liberirt werden. Zweifellos ist, daß der absolvirte Schuldner, der sich im Besitz der Pfänder befindet, der actio hypothecaria, welche die Forteristenz einer Forderung voraussetzt, mit der exceptio rei judicatae entgegentreten kann, deßgleichen daß dieses Recht auch hat, wer nach dem Urtheil von dem Schuldner die Pfandsache erwarb. Wie aber verhält es sich mit dritten Besitzern, welche die Sache bereits im Moment jenes absolutorischen Urtheils inne hatten, vielleicht in gar keinem Successionsverhältniß zum Schuldner stehen?

Hinsichtlich der Kraft des Urtheils bestanden unsrer Ansicht nach unter den römischen Juristen selbst Meinungsverschiedenheiten. Die Römer fanden die Basis des Urtheils in dem Consens der Partheien, wodurch sie sich einem Richter und dessen Spruch unterwarfen, also in einem Contract oder Quasicontract[22]). Indessen konnten sie hierbei ihre Augen der Thatsache nicht verschließen, daß dieser Consens einerseits dem Kläger aufgenöthigt ist, um sein Recht zu realisiren, vollends aber von Seiten des Beklagten nicht aus freien Stücken erfolgt, sondern durch die Obrigkeit direct oder indirect erzwungen wurde. Nun mochten Einige das Hauptgewicht auf den Consens der Streitenden legen, sie schlossen hieraus, daß sich der Gläubiger wie durch Vergleich oder wie bei einem zugeschobnen Eid mit dem Urtheil ein für allemal zufrieden gegeben habe. Wer diesen Gesichtspunkt festhielt, mußte die Forderung als völlig vernichtet nach Aussprechen einer materiell unrichtigen Absolution des Schuldners betrachten. Andre betonten mehr, daß die Unterwerfung unter das Judicat dem Gläubiger abgenöthigt sei, daß es nicht in seiner Intention lag, die unbedingte Forderung zu einer bedingten zu machen, daß also zwar dem Gläubiger, nachdem er

22) l. 3 § 11 D. de peculio 15, 1. l. 22 D. de tut. act. 27, 3. Keller röm. Civilproceß § 62.

Digitized by Google

einmal rechtskräftig mit seinem Anspruch unterlegen war, fortan die Klage entzogen sei, daß aber dessen Forderung an und für sich noch naturaliter fortdauere.

Die zweite Auffassung hat Julian vertheidigt[23]). Er geht mit Entschiedenheit davon aus, daß trotz des ungerecht freisprechenden Urtheils eine naturalis obligatio bestehen bleibe. Die erste Betrachtungsweise dagegen theilte Tryphoninus, sie leitete ihn bei Beantwortung der Frage, die uns beschäftigt.

> l. 13 D. q. m. p. s. 20, 6. Si deferente creditore juravit debitor: se dare non oportere, pignus liberatur, quia perinde habetur, atque si judicio absolutus esset: nam et si a judice, quamvis per injuriam absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur.

Die Worte „pignus liberatur" bezeichnen nicht eine relative Außerkraftsetzung der actio hypothecaria durch exceptio rei judicatae, sondern völlige Vernichtung des Pfandes als Folge einer totalen Aufhebung der Forderung und der vom Juristen unterstellten satisfactio des Gläubigers. Es beweist namentlich die Zusammenstellung mit dem Eid, welcher ohne Zweifel das Pfand völlig befreit, daß eine absolute Tilgung des Pfandrechts von Tryphonin angenommen wird[24]). Julian, welcher eine naturalis obligatio statuirte, hätte diese Entscheidung sicher nicht zu der seinigen machen können.

In der Compilation finden sich die Aeußerungen, die von verschiednen Standpunkten ausgehen, einträchtiglich neben einander. Wie haben wir uns hierzu zu verhalten? Es ist die Forteristenz einer naturalis obligatio im Princip zuzugeben, wie sie von Julianus ausdrücklich bezeugt wird. Entscheidungen, wie die von Tryphoninus, welcher trotzdem den totalen Untergang des Pfandrechts im Fall eines ungerechten Urtheils annimmt, sind als gesetzlich fixirte Derogationen der Regel zu betrachten[25]).

---

23) l. 60 D. de cond. indebiti 12, 6. Andere Auffassungen allerdings bei Vangerow Bd. I § 173 u. A.

24) Anders Schwanert naturalis obligatio S. 445.

25) Zu den Fällen, in denen zwar die civile Forderung untergeht, aber doch wenigstens ein naturale debitum übrigbleibt, und um deßwillen auch das Pfandrecht fortbesteht, rechnete man es auch, wenn der Creditor durch einen processualischen Fehler Proceß und Klagrecht verloren hat (litem amisit, causa cecidit) l. 30 § 1 D. ad leg. Aquil 9, 2. l. 27 D. de pignoribus 20, 1. Im classischen Verfahren kam dies nicht selten vor, sei es, daß der Creditor wegen Zuvielforderns ab-

Digitized by Google

7) Wie in Bezug auf das ungerechte Urtheil ist es bekanntlich in Bezug auf die Verjährung der Forderung aufs lebhafteste bestritten, ob eine naturalis obligatio übrigbleibe. Diese Controverse ist natürlich nicht nur für die Frage entscheidend, ob ein vor Ablauf der Verjährung bestelltes Pfandrecht nach deren Ablauf bestehen bleibt, sondern auch, ob ein Pfandrecht für eine bereits verjährte Forderung noch gültig bestellt werden könne.

Eine eingehende Erörterung dieser Streitfrage ist indessen hier unthunlich. Wir schließen uns der Ansicht an, welche zwischen den Verjährungsfristen des classischen Rechts und dem Institut der allgemeinen Klagenverjährung unterscheidet[26]). Wo der Prätor von vornherein eine Klage mit einer Beschränkung auf eine gewisse Zeit in Aussicht stellte, wie bei den Delictsklagen, der actio annalis de peculio, da liegt in der Begränzung auf eine gewisse Zeit eine dem Verhältniß angemessne Beschränkung der Berechtigung, die nach dem Ablauf dieser Zeit völlig verschwindet. Dies wird durch die l. 25 § 1 D. ratam rem haberi 46, 8 und die l. 18 § 1 D. de const. pec. 13, 5 unsres Erachtens nach unzweideutig bezeugt. Ein für solche Forderungen bestelltes Pfandrecht wird daher mit dem Ablauf der Verjährungszeit befreit, ein neues Pfandrecht nach dem Ablauf dieser Zeit nicht gültig constituirt. Einen wesentlich andern Charakter hat aber das Institut der allgemeinen, dreißigjährigen Klagenverjährung. Es ist eine sichere Thatsache, daß sich das Pfandrecht noch forterhält, nachdem die versicherte Forderung durch eine solche Verjährung entkräftet ist. Theo-

---

gewiesen war, oder daß eine der Formel inserirte dilatorische Einrede als begründet anerkannt wurde, oder daß in Folge von Proceßverschleppung die für die richterliche Entscheidung gesetzte Frist kraftlos verstrich. Ob dergleichen Fälle auch im justinianeischen Recht vorkommen, mag dahingestellt bleiben. Von einem cadere ab instituta actione redet Justinian in l. 2 § 6 C. de jurej. propter calumniam 2, 59, wenn der Kläger sich weigert, das juramentum calumniae abzuleisten. Indessen ist doch sehr fraglich, ob man nicht in dieser Eidesverweigerung des Klägers das Geständniß sah, daß ihm nichts geschuldet werde, und ob man dies nicht auch der actio hypothecaria entgegenstellen konnte. Ebenso soll der Kläger nach l. 13 § 2 C. de judiciis 3, 1, wenn der Proceß bereits zwei und ein halb Jahr nach der Litiscontestation gedauert hat und derselbe auf Betreiben des Beklagten und in Folge der Vorladung desselben nicht erscheint, „cadere omnino de lite", falls nicht bereits in den Acten genügendes Material zur Verurtheilung des Beklagten vorliegt. Es wird aber hier eine förmliche Absolution des Beklagten ausgesprochen und es steht dies Urtheil auf einer Stufe mit jedem andern.

26) Demelius Untersuchungen Bd. 1 S. 1—104.

Digitized by Google

dosius hat nämlich die actio hypothecaria gegen den Schuldner als unverjährbar erklärt, Justinus stellt die Verjährung dieser Klage dem Schuldner gegenüber auf vierzig Jahre fest, trotzdem daß die persönliche Klage regelmäßig bereits früher verjährt ist[27]). In dieser Fortdauer der Pfandklage ist zugleich die des Pfandrechts und die Fortwirkung der verjährten Forderung bezeugt, denn ohne diese Annahme wäre nach begrifflicher Nothwendigkeit die Forterisstenz des Pfandrechts undenkbar. Hiermit ist freilich nicht bewiesen, daß die verjährte Forderung noch nach andern Richtungen hin Wirkung hat, mit andern Worten, daß ihre natürliche Existenz im positiven Recht von der Erhaltung der actio hypothecaria abgesehen Anerkennung findet. Allein wir entscheiden uns hiefür aus dem Grund, weil der nächste Zweck der theodosischen Verwendung offenbar war, die Klage aus verjährten Forderungen abzuschneiden, weil sie als correctorisches Gesetz nicht über die nächste Absicht hinaus auszudehnen ist. Man wollte die Gesellschaft von den lästigen Processen befreien, die auf vergessenen Ansprüchen beruhten, man wollte nicht, daß die gegenwärtigen Zustände durch Hervorziehung veralteter Prätentionen verrückt und gestört würden. Ganz anders steht es aber, falls eine verjährte Schuld wenn auch vielleicht aus Irrthum gezahlt ist und der Schuldner auf Grund der Verjährung eine condictio indebiti erheben will, oder falls in Folge Nichtkenntniß der Verjährung ein Pfand für die verjährte Schuld gestellt ist und der Schuldner diese Pfandbestellung als nichtig angreifen wollte. Hier soll Bestehendes auf Grund der Verjährung angefochten, nicht die Hervorziehung veralteter Verhältnisse gehindert werden. Es erscheint uns dies nicht als gestattet.

8) Das Pfandrecht erlischt weiter durch die Vereinigung des Vermögens des Gläubigers und des Schuldners in Folge Erbgangs und durch die hiermit eintretende Confusion der Forderungen. Die liberatorische Kraft dieses Ereignisses wird schon von den römischen Juristen in verschiedener Weise erklärt, doch scheint uns der einfachste und der allein durchgreifende Grund, daß nun eine begrifflich nothwendige Voraussetzung der Obligation weggefallen ist. Die Obligation setzt ein besonderes Subject voraus, das zu fordern, ein anderes, das zu leisten hat; sie kann nicht mehr forterisstiren, wenn die Träger dieser Verhält-

27) l. 3 l. 7 § 1 C. de praescr. 7, 39. vgl. unten § 175 S. 605.

Digitized by Google

nisse zu einer Person werden. So steht die Confusion principiell auf einer Stufe mit dem Erlöschen der Forderung wegen Untergangs des Objects, Wegfalls des Interesses. Doch differencirt sich die Confusion von diesen verwandten Erlöschungsgründen dadurch, daß dort die Obligation sich gleichsam ins Nichts verflüchtigt und der Gläubiger keinerlei Befriedigung erhält, während bei der Confusion dem bisherigen Gläubiger der Werth seiner Forderung in dem Vermögen des frühern Schuldners zukömmt. Dies ist freilich thatsächlich nur dann wahr, wenn die Erbschaft respective das Vermögen des Erben solvent waren. Doch daß Jeder sich selbst solvent sei, nimmt das Recht als Axiom an [28]). Von diesem Standpunkt aus hat die Confusion Verwandtschaft mit der Zahlung, ohne sich mit ihr zu identificiren [29]). Wo der Gläubiger vorher das Recht hatte, noch von einem andern Schuldner Zahlung zu fordern, verbleibt ihm das Recht noch nach der Confusion, wenn er also einen von mehreren correi debendi beerbt, kann er den andern correus auf Zahlung belangen, trotzdem daß seine Forderung an den correus, dessen Erbe er wurde, durch Confusion getilgt ist.

Mag nun aber die Confusion in Art einer Zahlung wirken oder nicht, stets erlischt das für die confundirte Forderung gestellte Pfandrecht [30]). Allerdings hat man in neuerer Zeit behauptet, wenn die Pfandsache in der Hand eines dritten Besitzers sei und der Gläubiger den Schuldner beerbe oder der Schuldner die Erbschaft des Gläubigers antrete, könne derselbe noch die Pfänder in dritter Hand angreifen und aus diesen Befriedigung holen. Doch dies hätte nur dann einen Schein von Wahrheit, wenn das Pfandrecht eine obligatio rei wäre und wenn die Pfandsache correaliter neben dem Schuldner haftete. Da aber das Pfand die außer ihm liegende Forderung, und zwar accessorisch, deckt, so erlischt dessen Haftung, sowie jene Forderung vollständig durch Confusion zu Grunde gegangen ist. Daß der Gläubiger hier nicht auf das Pfand greifen könnte, ergiebt sich auch daraus, daß der Pfandbesitzer ohne die Confusion das beneficium excussionis und cedendarum actionum hatte. Es liegt also die Pflicht der Zahlung

28) l. 33 D. sol. matr. 24, 3.

29) l. 95 § 2 D. de solut. 46, 3. l. 41 § 2 D. de evict. 21, 2. l. 1 § 18 D. ad leg. Falc. 35, 2. l. 50 D. de fidejuss. 46, 1. l. 33 D. sol. matr. 24, 3.

30) Das von einem correus debendi gestellte Pfandrecht geht also unter, wenn dieser vom Gläubiger beerbt wird, obgleich die Forderung gegen den andern correus bestehen bleibt. cfr. l. 21 § 4 D. de fidej. 46, 1.

Digitized by Google

zunächst auf dem persönlichen Schuldner. Ebenso ungegründet ist es, daß der Gläubiger, welcher Erbe seines Schuldners wurde und in dessen Erbschaft die Pfandsache vorfand, sich den Creditoren gegenüber, welchen Nachhypotheken an derselben Sache bewilligt waren, trotz der Confusion noch auf sein Pfandrecht berufen könnte[31]). Die Hypothekarien müßten danach ihrem Schuldner erst offeriren, was er sich selber schuldete, ehe sie ihr Pfandrecht exequiren könnten! Solche Auffassungen deuten auf eine Verrückung der Grundbegriffe in unserer Lehre.

Natürlich ist die Confusion der Forderung und hiermit der Untergang des Pfandrechts abhängig von der Kraft und dem Bestehen des Erbschaftserwerbs. Das Pfandrecht erhält sich daher, wenn der Erwerb der Erbschaft nur ein civilrechtlich formeller ist, vom prätorischen Recht aber ignorirt wird, insbesondere wenn ein Hauskind sich von der Erbschaft abstinirt, die es nach Rechtsnothwendigkeit erwarb. Trat der Erbe cum beneficio inventarii an, so ist die Confusion eine unvollständige und es kann der Erbe ein ihm von seinem Erblasser gestelltes Pfand von dritten Besitzern vindiciren[32]). Wird der Erwerb der Erbschaft nachträglich rückwärts hin aufgehoben, so kommt das Pfandrecht wieder zur Existenz. Es gilt dies namentlich für den Fall, daß das Testament, auf Grund dessen der Erbe antritt, in Folge einer querela inofficiosi später rescindirt wird[33]). Erbitten die Erbschaftsgläubiger das beneficium separationis, so kann die Erbmasse, die wegen Forderungen des Erblassers gegenüber dem Erben gestellten Pfänder in Anspruch nehmen, da die Confusion zu ihren Gunsten aufgehoben wird; zu Gunsten des Erben aber wirkt die Separation nicht und Pfandrechte für Forderungen desselben an den Erblasser leben nicht wieder auf[34]). Nicht rescindirt wird der Erbschaftsantritt und der Untergang der Forderung an den Erblasser, wenn die Erbschaft dem Erben Seitens eines angeblich besser Berechtigten abgestritten und durch rechtskräftiges Urtheil entzogen wird. Zwar dem Sieger gegenüber kann der besiegte Erbe seine Forderung und sein Pfandrecht geltend machen, wie

---

31) Schwanert l. c. S. 404.

32) Diesen bleibt der Regreß an die Erbschaftsmasse. cfr. l. 22 § 9 in f. C. de jure delib. 6, 30. Si vero et ipse aliquas contra defunctum habebat actiones non hae confundantur, sed similem per omnia habeat fortunam.

33) l. 21 § 2 D. de inoff. test. 5, 2.

34) arg. l. 1 § 16 D. de separat. 42, 6.

Digitized by Google

wenn er nicht Erbe geworden wäre [35]). Ein dritter Besitzer des Pfands aber könnte sich auf die einmal eingetretene Confusion trotz jenes Urtheils berufen, welches nur unter den Proceßpartheien Recht macht. Völlig unzweifelhaft ist, daß der Verkauf der Erbschaft oder Abtretung durch Vergleich die einmal eingetretene Confusion nicht beseitigt. Ja, so hart dies ist, hebt strenggenommen die Entreißung der Erbschaft wegen Unwürdigkeit die einmal vollzogene Confusion nicht auf; denn der Erbschaftsantritt wird in diesem Fall nicht rescindirt, vielmehr exercitt hier der Fiscus gerade die Rechte des Antretenden, an dessen Stelle er tritt. Wem indessen ein subjectives Unrecht nicht zur Last gelegt werden konnte, sollte nicht unter einem so harten Rechtssatz leiden und Opfer bringen, während der Fiscus die Frucht der Erbschaft an sich nahm; der schuldlose Erbe erhielt Restitution gegen die Confusion jener Forderungen an den Erblasser [36]).

War dem Erben Restitution der Erbschaft durch Universalfideicommiß auferlegt, so bleibt auch hier gleichwohl der Erbschaftsantritt als Basis des ganzen Verhältnisses damit die Confusion in Kraft [37]). Der Erbe retinirt sich aber den Betrag seiner Forderung aus der Erbschaftsmasse und restituirt um so viel weniger; umgekehrt muß er den Betrag seiner Schuld an den Erblasser dem Universalfideicommissar auf den Titel hin heraus zahlen, daß er diese Summe in Folge des Erbschaftsantritts lucrirt hat. Doch entscheidet Paulus anders für den Fall, daß der Erbschaftsantritt auf Betreiben des Universalfideicommissars erzwungen war und der Erblasser dem Erben unter Stellung von Pfändern geschuldet hatte. Hätte man hier an der Annahme der Confusion festgehalten, so könnte zwar der Erbe den Betrag seiner dereinstigen Forderung immer noch von dem Universalfideicommissar auf den Grund hin einklagen, daß er ihm durch abzugslose Abtretung der Erbmasse zu viel restituirt habe, aber das Pfandrecht, das den Erben vorher sicherte, wäre untergegangen. Der Erbe aber, welchem der Antritt einer verdächtigen, insolventen Erbschaft gegen seinen Willen auf-

35) l. 50 § 1 D. de legatis I. nec enim tam improbe causari potest, secundum se judicatum per gratiam: respondebit igitur et legatariis et creditoribus.

36) l. 8. l. 17. l. 18 § 1 D. de his, quae ut indignis 34, 9. l. 29 § 1 § 2 D. de jure fisci 49, 14.

37) l. 58 pr. l. 80 D. ad S. C. Treb.

Digitized by Google

genöthigt war, welcher keinerlei Vortheil aus demselben zog, sollte durch denselben auch nicht Schaden laufen. Paulus erklärt daher „propter pignus remanet naturalis obligatio“. Er ignorirt den Erbschaftsantritt, welcher ohnedem hier eine leere Form war und betrachtet die Forderung als nicht confundirt und das Pfandrecht als nicht untergegangen. Es ist klar, daß sich diese Entscheidung nur auf den Fall eines erzwungenen Antritts bezieht[38]).

9) Noch ist eines wesentlich verschiedenen Falls von Confusion zu gedenken. Die römische Jurisprudenz nahm nach dem Vorgange von Sabinus an, daß dann, wenn sich durch Erbgang Hauptschuld und Bürgschaftsschuld in einer Person vereinigen, die Bürgschaftsschuld untergehe. In der That folgt dies aus dem Zweck der Verbürgung, durch welche Jemand dem Gläubiger für die Zahlung einer fremden Schuld Sicherung leisten soll. Dies leidet aber wieder eine Ausnahme, wenn die Bürgschaftsschuld eine dem Gläubiger günstigere ist als die Hauptschuld, insbesondere wenn sie eine civile ist, die Hauptschuld aber nur eine natürliche, keine klagbare Existenz hat[39]). Hier ist ja das Fortbestehen der Bürgschaftsobligation nichts weniger als zwecklos. Eine ähnliche Entscheidung erwartet man für den Fall, daß die Bürgschaftsschuld durch Bürgen und Pfänder gedeckt ist, welche für die Hauptschuld nicht verhaftet sind. In der That erkennt der Jurist Africanus hier den Fortbestand des Pfandrechts an, welches für jene Bürgschaftsschuld constituirt war; dagegen erklärt African die Afterverbürgung nach der Confusion der Bürgschaftsschuld und der Hauptschuld für untergegangen.

> Africanus libro 9 quaestionum. l. 38 § 5 D. de solut. 46, 3.
>
> Qui pro te apud Titium fidejusserat, pignus in suam obligationem dedit, post idem heredem te instituit. Quamvis ex fidejussoria causa non tenearis, pignus tamen obligatum manebit: at si idem alium fidejussorem dederit atque ita heredem te instituerit, rectius existimari ait, sublata obligatione ejus pro quo fidejussum sit, eum quoque qui fidejusserit, liberari.

---

38) vgl. oben §. 171 not. 9.

39) l. 95 § 3 D. de solut. 46, 3. l. 21 § 2 D. de fidejuss. 46, 1.

Digitized by Google

Befremdend ist hier nicht der Fortbestand des Pfandrechts; er ist African unzweifelhaft. Der Gläubiger soll in der Regel durch den formellen Satz nicht leiden, daß die Bürgschaftsschuld untergeht, wenn Bürge und Schuldner eine Person werden. Die Bürgschaftsschuld ist also, damit sich das Pfandrecht erhalte, wenigstens als naturaliter fortbestehend, zu denken[40]). Auffallend ist nur umgekehrt die Befreiung des Afterbürgen. Sie erklärt sich daraus, daß die römische Jurisprudenz im Zweifel die Entlastung der Bürgen annahm. Der Consequenz nach war die Bürgschaftsschuld und mit ihr die Afterverbürgung untergegangen, dieser streng formelle Satz sollte dem Afterbürgen zu gut kommen, den man, wie überhaupt den Bürgen, durch die genaueste Anwendung des strengen Rechts zu schützen suchte[41]).

§ 174. Erlöschen des Pfandrechts in Folge besonderer Privilegien Dritter oder Versäumniß und Schuld des Pfandgläubigers.

Wir behandeln zuletzt die Tilgungsgründe, welche sich nicht aus der innern Ratio des Pfandrechts heraus entwickeln, sondern demselben aus Motiven, die außerhalb des Pfandrechts liegen, ein Ende machen.

1) Jede Veräußerung Seitens des Fiscus oder Seitens des Kaisers und der Kaiserin, mochte sie Kauf, Schenkung oder einen andern Titel haben, hob die auf der veräußerten Sache ruhenden Hypotheken auf, wie auch das Eigenthumsrecht des bisherigen Eigenthümers an der Sache zu Grunde ging[1]). Dem Hypothekar blieb nur ein Ersatz-

40) A. Auffassung Büchel Erört. I. | S. 57. Schwanert nat. obl. S. 409. vgl. aber auch Girtanner Bürgschaft S. 512.

41) Möglicherweise war auch folgende Erwägung von Gewicht. Der Afterbürge hat einmal Regreß gegen seinen Mandanten, den ersten Bürgen, mit der actio mandati, dann aber auch gegen den Hauptschuldner mit der actio negotiorum gestorum l. 3 § 11 l. 46 § 1 D. de neg. gest. 3, 5. So contrahirt er mit Rücksicht auf zwei Vermögen und es ist deßhalb die Wahrscheinlichkeit eine geringere, daß er zu Schaden kommt. Wenn sich nun aber die Vermögen des ersten Bürgen und des Hauptschuldners vereinigen, dann wächst die Chance, zu verlieren, da der Afterbürge sich nur noch an ein Vermögen halten kann. Da demnach nur die Wahl blieb, den Afterbürgen durch ein ohne sein Zuthun eingetretenes Ereigniß in eine verschlechterte Lage zu setzen oder die Klage gegen ihn zu verweigern, so mußte die Entscheidung zu seinen Gunsten ausfallen.

1) l. 2. l. 3 C. de quadr. praescr. 7, 37.

Digitized by Google

anspruch gegenüber dem Fiscus, respective der kaiserlichen Kasse, welcher innerhalb der Zeit von vier Jahren verjährte. Es ist einleuchtend, daß die Leistung des Sachwerths an den Eigenthümer die Ansprüche des Hypothekars nicht ausschloß, die Leistung an den Hypothekar aber dem Eigenthümer imputirt werden konnte.

2) Deßgleichen erhielt der Erbe, welcher rechtzeitig ein Inventar über die Erbschaft errichtete, die Befugniß, verhypothecirte Erbschaftssachen zu verkaufen und aus dem Erlös Erbschaftsgläubiger und Legatarien zu befriedigen, so zwar, daß sich später meldende vorgehende Hypothekarien des Rechts verlustig gehen, den Käufer der Pfandsache und dessen Successoren angreifen [2]). Zu Grunde lag die Absicht, den Erben gegen die Gefahr der Eviction und die hieraus entspringende Regreßklage zu sichern. Der vorstehende hypothekarische Gläubiger erhält zum Ersatz für sein Pfandrecht eine persönliche Klage gegen den nachstehenden Gläubiger, der aus dem Erlös der Hypothek befriedigt wurde. — Die hypothekarische Klage ist nach dem Geist des Gesetzes von dem Augenblick an gehemmt, in welchem der Erbe den Verkauf bindend abschloß, wenn sich gleich die Tradition verzögert. Im Fall der Wiederaufhebung des Verkaufs fällt die dem Pfandrecht entgegenstehende Exception wieder weg. Hätte der Erbe verpfändete Erbschaftsobjecte verkauft und den Preis nicht zur Befriedigung von Erbschaftsansprüchen verwendet, so bliebe die actio hypothecaria bestehen. Das Gleiche werden wir für den Fall annehmen, daß der Erbe nicht bona fide verkaufte, da Justinians Bestimmung zu Gunsten des Erben, nicht des Käufers getroffen ist und dem betrügerischen Erben nichts nützen kann. Gab der Erbe Pfänder Gläubigern in solutum, so verliert der Creditor, welcher ein prioritätisches Recht hatte, seine actio hypothecaria an dem Pfandobject nicht.

3) Eine der wesentlichsten Eigenthümlichkeiten, wodurch sich der heutige Concursproceß vom römischen Verfahren über Ordnung der Verhältnisse eines insolventen Gemeinschuldners unterscheidet, liegt darin, daß die Hypothekarien heutzutage am Concurs des Gemeinschuldners Theil nehmen müssen. Melden sie sich daher nicht innerhalb der den Creditoren gesetzten Frist, so sind sie mit ihren Rechten an den ihnen verpfändeten, in der Concursmasse befindlichen Objecten präcludirt.

---

2) l. 22 § 5—8 C. de jure delib. 6, 30. Buchholtz in Linde's Zeitschrift Bd. 10 S. 415 Anm. 4. Glück Pand. Bd. 41 S. 372.

Digitized by Google

Diese Präclusion geschieht jedoch nur zu Gunsten der Concursmasse. Wird der Concurs rückgängig, so ist die Integrität des Pfandrechts ungeschmälert. Hinsichtlich der Vermögensbestandtheile, welche der Schuldner nach der Eröffnung des Concurses erwirbt und die nicht in die Masse während der Dauer des Verfahrens gezogen werden, tritt die Generalhypothek des Gläubigers natürlich trotz jener Präclusion ein.

4) Das Pfandrecht erlischt, wenn der Gläubiger gewissen Verpflichtungen, die ihm als dinglich an der Pfandsache Berechtigten obliegen, nicht gehörig nachkommt. So, wenn er aufgefordert wurde, cautio damni infecti wegen des ihm verpfändeten Hauses zu leisten und dieselbe nicht in gehöriger Weise stellte. Und zwar mußte der Pfandgläubiger als Nichteigenthümer, obgleich er durch die Caution sein eignes Recht defendirte, Bürgen stellen [3]). Ob er im Besitz des schadendrohenden Hauses war oder nicht, war für jene Verpflichtung gleichgültig. Unterließ der Pfandgläubiger trotz gehöriger Aufforderung die Stellung der Caution, und wurde dieselbe auch vom Verpfänder nicht geleistet, so konnte der bedrohte Nachbar Einweisung ins Eigenthum des schadendrohenden Hauses verlangen und es war fortan der Pfandanspruch gegen ihn gehemmt [4]). Hiermit steht nicht im Widerspruch l. 44 § 1 D. h. t. 39, 2 von African, welche die Verfolgung der Pfandansprüche gegenüber dem ins Eigenthum Immittirten zugesteht [5]). Es ist hier ein Fall unterstellt, in welchem dem Pfandgläubiger eine Aufforderung zur Leistung der cautio nicht zugekommen war, wo er dann freilich seines Rechts nicht verlustig geht [6]).

Ohne Zweifel konnte auch der Miteigenthümer, welcher das gemeinsame Haus reparirte, dessen ideelle Hälfte von dem Miteigenthümer verpfändet war, nach Ablauf von vier Monaten freies Eigenthum erhalten, wenn sowohl der Pfandgläubiger als der Miteigenthümer säumig waren und die Reparaturkosten nicht ersetzten [7]).

5) Nicht selten behauptet man, das Pfandrecht erlösche wegen Mißbrauchs und schlechter Behandlung der Pfandsache durch den Gläubiger [8]). Dies ist in solcher Allgemeinheit nicht richtig. Der Verpfänder

3) Dies wird nicht entschieden in l. 11 D. h. t. 39, 2. wohl aber in l. 15 § 25 D. eod.

4) l. 15 § 25 D. h. t. 39, 2.

5) a. Anf. Bachofen Pfandr. S. 123.

6) cfr. noch l. 27 pr. l. 30 D. de nox. act. 9, 4.

7) l. 52 § 10 D. pro socio 17, 2.

8) Gesterding Pfandr. S. 357. Glück Bd. 19 S. 442. vgl. Keller Pand. § 213.

Digitized by Google

hat wegen Deteriorationen des Pfandobjects persönliche Ansprüche auf Ersatz, die er mit der actio pigneratitia geltend macht; er kann dieselben auch vor Zahlung der Pfandschuld, und mehrmals erheben [9]). Handelt es sich nicht um einzelne und vorübergehende Verfehlungen des Gläubigers, gefährdet er vielmehr durch seine Haltung die künftige Restitution des Pfandobjects und dessen Integrität, so wird der Verpfänder sogar fordern können, daß die Sache auf Kosten des Pfandgläubigers sequestrirt wird und wenn dieser sich hierzu nicht versteht, wird er geradezu Rückgabe des Besitzes verlangen, womit immerhin Fortbestehen des Pfandrechts vereinbar ist. Eine völlige Auflösung des Pfandnexus wird freilich in l. 24 § 3 D. de pign. a. 13, 7 angenommen.

> In pigneratitio judicio venit et si res pignori datas male tractavit creditor vel servos debilitavit . . quare si prostituit ancillam vel aliud quid improbatum facere coegit, illico pignus ancillae solvitur.

Doch die Lösung des Pfandrechts wegen Mißhandlung der Sklavin hat ihren Grund im öffentlichen Interesse; es macht sich der Gesichtspunkt der Strafe geltend [10]). Ueber das Gebiet des Sklavenrechts hinaus wird diese Bestimmung keine Anwendung finden [11]).

§ 175. Einfluß der Zeit auf die Beseitigung der Pfandansprüche.

Die Ersitzung einer Sache durch einen Nichteigenthümer vernichtet den Bestand des an dieser haftenden Pfandrechts nicht. Dasselbe überdauert vielmehr nach seiner Qualität als dingliches Recht diesen, wie anderen Wechsel in der Person des Eigenthümers. Doch übt die Nichtgeltendmachung des Pfandrechts während längerer Zeit auch auf das Pfandrecht einen zerstörenden Einfluß aus, indem dem Pfand-

---

9) arg. l. 1 § 6 D. usufructuarius quemadmodum caveat 7, 9.

10) Diocletian spricht bei der Prostitution der ab hostibus redemta Verlust der Forderung des redemtor aus l. 7 C. de postliminio 8, 51. vgl. auch l. 6 C. de spectaculis 11, 40.

11) Auf den Fall der Mißhandlung eines verpfändeten Thiers ist die Bestimmung also nicht anzuwenden. — Ueber den Mißbrauch der usufruirten Sache durch den Usufructuar vergl. Glück Bd. 9 S. 483.

1) l. 1 § 2 D. de pignoribus 20, 1. l. 44 § 5 D. de usurp. 41, 3. l. 2 pr. D. pro herede 41, 5. l. 7 C. de pign. 8, 13.

Digitized by Google

gläubiger die longi temporis praescriptio oder falls deren Voraussetzungen nicht erfüllt sind, die praescriptio XXX vel XL annorum entgegentritt.

I. Der Besitzer der Pfandsache, welcher dieselbe in gutem Glauben und ohne Kenntniß des auf ihr haftenden Pfandrechts erwarb und zehn oder zwanzig Jahre lang nicht im Besitz durch Klage Seitens des Pfandgläubigers gestört wurde, kann die Pfandklage durch longi temporis praescriptio entkräften [2]). Dies steht fest; dagegen ist die principielle Auffassung der Institution, damit aber eine Reihe von Einzelheiten in hohem Grade bestritten. Die Einen nehmen an, der Besitzer, welcher die longi temporis praescriptio erwerbe, habe hiermit eine Ersitzung der Pfandfreiheit für die Sache vollzogen [3]), die Andern betrachten nur die Durchführung der Pfandansprüche des Gläubigers gegenüber dem Präscribirenden und seinen Successoren als gehemmt. Es steht also in Frage, ob die Grundsätze der Ersitzung oder die der Klagenverjährung die normgebenden sind.

Wir betrachten die Grundsätze der Klagenverjährung als die bestimmenden. Das Institut der longi temporis praescriptio trug überhaupt seiner ursprünglichen Anlage nach den Charakter einer Klagenverjährung an sich [4]). Zwar könnte man hieran um deßwillen zweifeln, weil in ihr gleichsam eine Mischung zweier Elemente liegt; es genügt zur Begründung der praescriptio nicht das negative Moment der Unthätigkeit des dinglich Berechtigten, also die Nichtanstellung der Klage, sondern es muß, was der bloßen Klagenverjährung fremd ist, als positives Element Seitens des Präscribirenden hinzukommen Erwerb des Besitzes in gutem Glauben und zehnjährige Fortsetzung dieses Besitzes. Allein als den bestimmenden Grund betrachteten die Römer immerhin das erste Moment, die Unthätigkeit des dinglich Berechtigten; weshalb selten von der silentii longi temporis praescriptio reden [5]). Nur aus dieser Grundanschauung erklärt es sich, daß der

---

2) Hauptstellen l. 5 § 1 D. de div. temp. praescr. 44, 3. l. 7 l. 14 C. de obligat. 4, 18. l. 1 l. 2 C. si adv. cred. 7, 36. l. 19 C. de evictionibus 8, 45.

3) In neuerer Zeit gut vertheidigt von Schmitthenner Archiv für prakt. Rechtsw. I. 6. vgl. Arndts Pand. § 390 Anm. 2. E. A. Seuffert zu J. Seuffert Prakt. Pandektenrecht § 221 not. 3. Windscheid Pand. I. S. 654 not. 17.

4) So Puchta Cursus der Institutionen § 208 a. Andrer Ansicht Demelius Abh. S. 83.

5) l. 5 C. de longi temporis praescr. 7, 33.

Digitized by Google

Lauf der longi temporis praescriptio ohne weiteres unterbrochen wird, so wie der Klagberechtigte die Klage erhebt, während die Ersitzung, bei welcher die Unthätigkeit des Verlierenden nur ein accessorisches Element bildet, trotz der Klage des Eigenthümers an und für sich fortläuft. Auf den Charakter unsres Instituts als Einrede gegen eine verspätete Einklagung weist endlich auch die Bezeichnung als praescriptio hin. Hiermit soll nicht geleugnet werden, daß die longi temporis praescriptio, insoweit sie der Eigenthumsklage entgegenstand, je länger je mehr sich der Ersitzung assimilirte. Aber die praescriptio, welche dem Pfandgläubiger entgegenstand, hat die gleiche Metamorphose nicht erfahren.

Daß die römische Jurisprudenz auf die Unthätigkeit des Pfandgläubigers das Hauptgewicht legte, daß sie als Folge nur die Entkräftung der Pfandklage betrachtete, dies geht vor allem hervor aus folgender Bestimmung ihres Wesens:

> l. 1 C. si adversus credit. praescr. 7, 36. Gordianus et Veneriae. Diuturnum silentium, longi temporis praescriptione corroboratum, creditoribus pignus persequentibus inefficacem actionem constituit...[6]).

Außer diesem Zeugniß sprechen aber auch innere Gründe dagegen, daß in der longi temporis praescriptio eine Ersitzung der Pfandfreiheit zu sehen sei. Voraussetzung der usucapio libertatis müßte ein der Ausübung des Pfandrechts entgegenstehender Zustand bilden, wie bei der Ersitzung der Freiheit von einer servitus praediorum urbanorum ein der Ausübung der Prädialservitut entgegenstehender thatsächlicher Zustand nothwendig ist. Liegt derselbe nun schon im bloßen Besitz des Pfandgrundstücks durch den Erwerber, ist ein solcher Besitz mit dem Pfandrecht eines Andern thatsächlich unverträglich? kann überhaupt ein dem Pfandrecht, welches Befugniß zur Vornahme eines Rechtsacts giebt, entgegengesetztes thatsächliches Verhältniß gedacht werden? Alle diese Fragen sind wohl zu verneinen, damit aber schwindet jedes Fundament für die Annahme einer usucapio libertatis. — Das gewonnene Resultat ist für die Beurtheilung der Einzelnormen des Instituts von großer Wichtigkeit:

---

6) Aehnlich sieht Ulpian die Folge der longi temporis praescriptio in der Entkräftung der Pfandklage l. 5 § 1 D. de div. temp. praescr. 44, 3. quaeritur an heres adversus persecutionem exceptione longae possessionis uti possit.

Digitized by Google

1) Viel controvertirt ist die Frage, ob der Beginn dieser praescriptio von dem Augenblick abhängig sei, in welchem die Hypothekarklage bereits zuständig (actio nata) ist, oder ob dieselbe auch früher vom Moment an datire, mit welchem der Erwerber den Besitz der Pfandsache erhielt [7]? Für das Erstere spricht natürliche Billigkeit, vor Allem aber der Charakter des Instituts als einer Klagenverjährung. Gordian hebt wie wir sahen hervor, daß das Stillschweigen des Gläubigers seine Ansprüche entkräfte; Schweigen kann aber nur dem vorgeworfen werden, der reden konnte. Von diesem Standpunkt aus erhebt sich die weitere Frage, ob auch das beneficium excussionis, welches dem Gläubiger im Fall der Erhebung der Pfandklage opponirt werden konnte, den Beginn der praescriptio hindre? Aeltere Schriftsteller verneinen dies in der Regel um deßwillen, weil es in der Macht des Creditors gelegen habe, den Schuldner auszuklagen und das Hinderniß zu entfernen [8]. Die Entscheidung ist richtig, nicht aber der Grund. Denn es ist anerkannt, daß die Klagenverjährung suspendirt ist, auch wenn die Herbeiführung der Bedingungen, an welche die Klage gebunden ist, in der Macht des Berechtigten lag. Zudem ist aber die Excussion des Schuldners ein Ereigniß, das zwar von Berechtigten betrieben werden kann, gleichwohl aber nicht selten sich unabhängig von seinem Willen lange Zeit hindurch verzieht. Andrerseits ist das beneficium excussionis keine wahre Bedingung des Klagrechts, sondern hat den Charakter einer dilatorischen Einrede [9]. Die Existenz solcher Einreden hemmt aber nicht die Anstellung einer Klage,

---

7) Für die richtige Ansicht Wilhelm Pufendorf Observationen vgl. dort Cit. Ferner Oberappellationsgericht zu Stuttgart. Seuffert Archiv Bd. XII 11. Dagegen aber wie es scheint Seuff. VIII. 12, desgleichen Gesterding Pfandr. S. 405.

8) Negus. p. VI. m. 2 n. 4 sqq. Bachov de pign. V. 3 § 5. cfr. Seuffert Archiv Bd. VIII n. 15.

9) Ueber den Einfluß der dilatorischen Einreden auf die Klagenverjährung steht freilich die Doctrin noch nicht fest. Gleicher Ansicht ist Savigny System Bd. 5 S. 290. Keine Exception schließt das Dasein eines Klagrechts und die Möglichkeit es auszuüben aus, schon deswegen nicht, weil es ganz ungewiß ist, ob die Exception vorgebracht werden wird. Bangerow hingegen distinguirt § 147 I. 3) ob die Wegräumung des Hindernisses in der Macht des Gläubigers liege, eine Distinction, die unsre Frage zweifelhaft machen würde, indessen quellenmäßig nicht begründet ist. cfr. Brinz Pand. I. S. 167. Windscheid Pand. I. § 109 Anm. 3.

Digitized by Google

demnach ist auch richtiger Ansicht nach die Möglichkeit der Klagenverjährung nicht von ihrer Beseitigung abhängig.

2) Die longi temporis praescriptio beruht, wenn auch der Gesichtspunkt der Klagenverjährung der dominirende ist, doch nicht bloß auf der Unthätigkeit des Creditors. Es muß von Seiten dessen, der sich auf dieselbe beruft, Erwerb des Besitzes auf Grund eines Titels und bona fides, es muß Fortdauer dieses Besitzstandes hinzukommen. Daß bona fides erforderlich sei, deutet an die l. 2 C. si adversus credit. 7, 36 in den Worten „justa viginta annorum possessione collata in te donatio corroborata est". Auch spricht hiefür die Analogie der longi temporis praescriptio gegen den Eigenthümer, von der unsre Präscription gegenüber dem Pfandgläubiger nur ein Abzweiger ist [10]).

Wie indessen der Begriff der bona fides bei unsrer Präscription zu fassen ist, könnte doch zweifelhaft sein. Es scheint uns vor Allem gewiß, daß der Erwerber auf die Präscription keinen Anspruch hat, welcher das Eigenthumsrecht eines Andern, Besserberechtigten kannte, denn er hat keine justa possessio erhalten; es widerspricht der Natur unsres auf Billigkeit basirten Rechtsmittels, daß ein malae fidei possessor sich desselben erfreue. Wer jedoch irrthümlich sich für einen Nichteigenthümer hält, während er in der That Eigenthum erwarb, wird sich auf den Satz berufen können, plus est in re, quam in opinione. Außerdem muß aber auch bona fides in Bezug auf das Pfandrecht, gegen welches man präscribirt, bestanden haben. Diese ist in einer doppelten Weise möglich, einmal, daß man bei dem Erwerb nicht wußte, daß ein Pfandnexus bestand, oder auch, daß man in Folge entschuldbaren Irrthums die Ansicht hat, daß das Pfandrecht erloschen sei. Diese Meinung kann auch nachträglich fassen, wer schon längere Zeit im Besitz war und es beginnt von diesem Augenblick an die Präscription. Wie aber, wenn mehrere Hypotheken auf der Sache lasten und der Erwerber nur vor der Existenz der einen, etwa grade der von B weiß? Hier kann er gegen den Vorhypothekar präscribiren, da er die Sache bona fide besitzt und ihm keinerlei Unlauterkeit vorgeworfen werden kann, nicht aber vermag er dies gegen den Hypothekar, dessen Recht er gekannt hat [11]).

---

10) Nach canonischem Recht muß die bona fides während der ganzen Präscriptionszeit dauern.

11) Freilich kann dies wieder zu einem Cirkel führen, der Präscribent kann ihn lösen und sich sichern durch die Abfindung des B. Außerdem aber auch B, welcher

Digitized by Google

3) Auf die longi temporis praescriptio kann sich nur berufen, wer den bona fide erworbenen Besitz zehn oder zwanzig Jahre fortgesetzt hat. Zehn Jahre sind nach l. 12 C. de praescr. longi temp. 7, 33 erforderlich, wenn der Pfandgläubiger in derselben Provinz wohnt wie der Besitzer, zwanzig, wenn sie in verschiedenen Provinzen wohnen. Die gleiche Zeit gilt für Mobilien wie für Immobilien. Es ist irrelevant für unser Verhältniß, in welcher Provinz der Eigenthümer wohnt. Man hat nach einem innern Grund gesucht [12]), warum der Besitzer einer Mobilie nach drei Jahren durch Ersitzung gegen die Eigenthumsklage, erst nach zehn oder zwanzig Jahren gegen die Pfandklage gesichert ist. Die Erscheinung erklärt sich hauptsächlich aus der historischen Bildung der römischen Verjährungslehre. Doch liegt eine theilweise Rechtfertigung darin, daß der Eigenthümer, dem ein Besitzer seine Sache vorenthält, unmittelbarer zur Klage veranlaßt ist als der Hypothekar, dem möglicherweise der Schuldner Zinsen entrichtet und der um deßwillen nicht zu seinen Pfändern sah.

4) Einleuchtend ist, daß der Verpfänder selbst die Präscription nicht vorschützen kann, ebensowenig kann dies sein Erbe dann, wenn er in dieser Qualität das Eigenthum der Pfandsache erhielt. Doch läßt sich denken, daß der Erblasser die Sache verkaufte und daß sie der Erbe zurückkaufte. Hier ist nach Ulpian die praescriptio zuständig:

> l. 5 § 1 D. de divers. et temporal. praescr. 44, 3.
> Ex facto propositum est, quendam quum rem pignori dedisset, eandem distraxisse heredemque ejus redemisse. Quaeritur an heres adversus pignoris persecutionem exceptione longae possessionis uti posset? Dicebam hunc heredem, qui pignus ab extraneo redemit, posse exceptione uti: quia in extranei locum successit non in ejus, qui pignori dederat, quemadmodum si ante redemisse, sic deinde heres extitisset.

Ob der dritte Käufer bereits im Augenblick der Rückübertragung präscribirt hatte, oder ob sich erst beim Erben des Verpfänders die Präscriptionszeit nach dem Rückverkauf vollendet, ist gleichgültig. Auch

---

ein fest begründetes jus offerendi gegen den A hat durch Abfindung des A. vgl. oben S. 462 ff.

12) Bartolus l. 1 § cum praedium alia ratio reddi non potest, nisi quia sic placuit.

Digitized by Google

könnte consequenterweise die Entscheidung nicht anders ausfallen, wenn der Erbe selbst die Sache dereinst verkauft und dieselbe später vom Erwerber oder dessen Successoren zurückgekauft hätte. Denn auch er würde nach dem Rückkauf die Sache titulo singulari besitzen. Dagegen könnte der Erbe nicht präscribiren, wenn der Verkauf der Pfandsache bloß aufgelöst wäre, sei es durch wechselseitige Uebereinstimmung, oder in Folge einer Redhibition wegen Fehler, da er hier fortfährt als Erbe zu besitzen.

5) Wer die longi temporis praescriptio als eine Ersitzung der Pfandfreiheit auffaßt, wer also ihre Bedeutung in der Verbesserung der Lage der Sache an und für sich sieht, müßte consequent die Fähigkeit zum Erwerb dieser Freiheit auf den Eigenthümer der Sache beschränken, welcher allein gehörig befugt ist dieselbe zu vertreten [13]), er müßte außerdem annehmen, daß dann, wenn das Pfandobject einmal die Freiheit von seiner Last erworben habe, dieser Vortheil jedem an der Sache Berechtigten zustünde, welches auch sein Verhältniß zu jenem Erwerber der Freiheit sei.

Doch der erste jener Sätze ist entschieden dem römischen Recht fremd. Die Präscription kann nicht nur von dem in Anspruch genommen werden, der unmittelbar durch Tradition Seitens des Eigenthümers Eigenthum erhielt, sondern auch von demjenigen, der einen bloßen Ersitzungsbesitz begann. Der letztere kann unter Umständen früher eine praescriptio gegen das Pfandrecht erwerben, als er das Eigenthum ersitzt. Dies namentlich wenn der Eigenthümer in einer andern, der Pfandgläubiger in derselben Provinz wohnte. Während hierin nach der Gegenansicht eine schreiende Anomalie läge, hat das Verhältniß nach unsrer Auffassung, nach welcher die praescriptio ein Vertheidigungsrecht des Präscribirenden begründet, nichts Befremdendes. Demnach nehmen wir auch an, daß die praescriptio nur dem Präscribirenden selbst und denjenigen, welche von ihm ihre Rechte herleiten, zu Gute komme. Hätte daher der Abkäufer des Nichteigenthümers gegenüber dem Pfandgläubiger präscribirt und würde er dann vom Eigenthümer der Sache evincirt, so würde dieser nimmermehr die Freiheit der Sache vom Pfandrecht behaupten können. Ebenso könnte es einem Besitzer, der Usucapionsbesitz an der Sache erhält, nichts nützen, wenn etwa der Sacheigenthümer, von dem

13) So Schmitthenner l. c. S. 107, dagegen Arndts Pand. § 390 Anm. 2, hiermit die Unrichtigkeit des hier bekämpften Princips indirect zugestehend.

Digitized by Google

er aber seine Rechte nicht ableitet, sich gegen das von einem frühern Eigenthümer bestellte Pfandrecht durch praescriptio schützen könnte.

6) Die longi temporis praescriptio erlitt, insoweit sie sich gegen die Eigenthumsklage richtete, insoweit sie also ein Surrogat der Ersitzung bildete, eine große Anzahl von Ausnahmen. Es ist zu untersuchen, inwieweit sich dieselben bei einer longi temporis praescriptio, die sich der Pfandklage entgegensetzt, wiederfinden? Einige dieser Ausnahmen sind unsrer Ansicht nach mit dem Institut der praescriptio allgemein verwachsen, Andre sind ihr nur insoweit eigenthümlich, als sie die Ersitzung vertritt.

Zu der ersten Classe gehört es, daß einem Minderjährigen, deßgleichen einem entschuldbar Abwesenden gegenüber die praescriptio nicht läuft. Der Magistrat, durch welchen dieselbe geschaffen wurde, ließ sie von vornherein in Fällen nicht zu, in welchen er, falls er sie ertheilt hätte, doch wieder zu einer Restitution gegen dieselbe hätte schreiten müssen [14]).

Dagegen scheint uns eine praescriptio zulässig gegen die Pfandklage, welche der Fiscus erhebt, obgleich dieselbe einer Eigenthumsklage desselben nicht opponirt werden konnte; nur die Ersitzung von Fiscalsachen durch longi temporis praescriptio wie usucapio sollte verboten sein; dagegen für Pfandansprüche des Fiscus war die gleiche Begünstigung nicht bestimmt. Aus diesem Grund ist auch anzunehmen, daß res furtivae und vi possessae unsrer Präscription nicht schlechthin entzogen sind [15]). Eine besondre Stellung dieser Objecte fand sich ursprünglich nur bei der usucapio. Erst von da aus wurde die Beschränkung auf die longi temporis praescriptio übertragen [16]). Es liegt hierin eine diesem Institut ursprünglich fremde Bestimmung. Wir werden sie daher nur für den Kreis von Fällen als recipirt betrachten, in denen die longi temporis praescriptio als Ergänzung eigentlicher Eigenthumsersitzung diente, nicht aber, wo sie eine selbstständige Function hat. — Unterbrochen wird die longi temporis praescriptio vor Allem dadurch, daß der Präscribirende den Besitz vor Ablauf der Verjährungszeit verliert. Mit dessen Wiedererlangung beginnt eine neue Aera,

---

14) l. 3 C. quibus non objicitur longi temp. praescr. 7, 35. l. 4 l. 6 l. 7 C. eod., anders Bangerow § 317, 6, Unterholzner Verjährungslehre I. § 137 not. 490.

15) a. Anf. Unterholzner Verjährungslehre I. § 60.

16) l. 1 C. de servis fugitivis 6, 1.

Digitized by Google

welche die vorgeschriebne Zeit wieder vollständig erfüllen muß. Deßgleichen wird aber der Erwerb der praescriptio unterbrochen durch Anstellung der actio hypothecaria [17]), wie überhaupt die praescriptio hierin den Charakter der Klagenverjährung festhaltend, durch Klaganstellung unterbrochen wird. Natürlich aber würde durch Anstellung der persönlichen Klage gegenüber dem Schuldner das dem dritten Besitzer der Pfandsache zustehende Präscriptionsrecht nicht berührt [18]). Unterbricht die Anerkennung des Pfandrechts Seitens des Präscribirenden den Lauf der praescriptio? Obgleich dies für die longi temporis praescriptio nicht ausdrücklich bezeugt ist, werden wir uns doch nach Analogie des für die dreißigjährige Klagenverjährung Bestimmten [19]) hiefür entscheiden, da in dieser Anerkennung ein Surrogat der Klaganstellung gesehen wird, die durch sie unnöthig wird.

8) Die longi temporis praescriptio konnte nicht bloß zur Abwehr von dem gebraucht werden, der noch im Besitz der verpfändeten Sache war. Wer einmal die gehörige Zeit besessen hatte, konnte, wenn er den Besitz verloren hatte und zu dessen Wiedererlangung mit der actio Publiciana oder rei vindicatio angriffsweise zu Werke ging, die Berufung des Beklagten auf ein ihm zustehendes Pfandrecht durch eine replicatio longi temporis entkräften. Dies berichtet Justinian [20]). Das Princip unsres Rechtsmittels ändert sich hierdurch nicht; dasselbe bleibt nach wie vor ein Vertheidigungsmittel zu Gunsten bestimmter Personen, es führt eine absolute Beseitigung des Pfandrechts nicht herbei.

II. Außer der longi temporis praescriptio, welche sich in ihrem besondern Kreis erhielt, trat der Pfandklage seit der christlichen Kaiserzeit die Einrede der dreißig respective der vierzigjährigen Verjährung entgegen. Natürlich finden hier die allgemeinen Grundsätze der ordentlichen Klagenverjährung ihre Anwendung [21]). Hervorzuheben sind nur die

17) l. 2 l. 10 C. de longi temporis praescr. 7, 33.

18) Nach l. 3 C. de ann. exc. 7, 40 genügt auch eine persönliche Klage gegen den Schuldner zur Unterbrechung der Verjährung der Pfandklage, wenn dieser Pfandbesitzer ist.

19) l. 7 § 5 C. de praescr. XXX. ann. 7, 39.

20) l. 8 pr. C. de praescr. XXX. ann. 7, 39.

21) Es kann also kein Zweifel darüber sein, daß diese Verjährung erst vom Moment an läuft, in welchem die actio hypothecaria zur Entstehung kommt, daß sie namentlich noch nicht beginnt, so lange die Forderung, welche durch das Pfand versichert ist, bedingt oder betagt ist oder so lange das Pfandrecht selbst von einer

Digitized by Google

besondern Bestimmungen über die Zeit der Klagenverjährung in ihrer Anwendung auf die actio hypothecaria.

Das Gesetz von Theodosius aus dem Jahre 424 [22]), welches die dreißigjährige Klagenverjährung als allgemeines Institut einführte, nahm die Hypothekenklage gegen den Schuldner selbst und seine Erben, zwar nur indirect, aber doch unzweideutig aus:

> eodem etiam jure in ejus persona valente qui pignus vel hypothecam non a suo debitore sed ab alio possidente nititur vindicare.

Hierbei lag vielleicht die Ansicht zu Grund, daß um deßwillen dem Schuldner gegenüber keine Verjährung beginnen könne, weil derselbe die Pfandsache mit des Creditors Willen besitze [23]). Vielleicht wirkte auch der Umstand nach, daß die longi temporis praescriptio, die bisher allein bestanden hatte, dem Schuldner, der im Besitz der Pfandsache war, in keiner Weise zu Statten kam. Erst Justinus hat die Verjährung gegenüber der Hypothekenklage verallgemeinert, indem er im Jahr 525 durch die l. 7 C. de praescr. XXX ann. 7, 39 Folgendes verordnete:

a) Die actio hypothecaria solle gegenüber dem Schuldner selbst und gegenüber seinen Erben nach Ablauf von vierzig Jahren verjährt sein. Es bleiben hierbei folgende Zweifel. Denken wir den Fall, daß die Pfandsache nach der Verpfändung veräußert und nach Ablauf der dreißigjährigen Zeit vom Schuldner zurückerworben wird. Genügt hier der bloß dreißigjährige Zeitraum zur Vorschützung der Verjährung durch den Schuldner? Es ist dies zu bejahen, da der Schuldner hier ein von einem Andern bereits vollständig erworbnes Recht exercirt. Wie steht es ferner, im Fall der Verpfänder eine vom Schuldner verschiedne Person ist, die für ihn intervenirt? ist hier Ablauf einer vierzigjährigen

---

Bedingung abhängig, an einen Anfangstermin gebunden ist. Ebenso natürlich ist es, daß diese Verjährung durch Abschluß eines pactum de non petendo eines Moratoriums suspendirt wird l. 8 C. qui bonis cedere 7, 71. Es versteht sich endlich von selbst, daß auch andre Gründe, welche die Klagenverjährung allgemein suspendiren, insbesondre Unmündigkeit des Berechtigten, der Pfandklage entgegentreten. Nach canonischem Recht tritt als Requisit bona fides Seitens des Präscribirenden hinzu. Solche erwirbt auch der Verpfänder, wenn er die irrige Meinung faßt, daß das Pfandrecht getilgt sei. So auch Arndts Pand. § 390 Anm. 3.

22) l. un C. Theod. de act. certo temp. fin. 4, 14. l. 3 C. J. de praescr. XXX 7, 39.

23) Savigny System Bd. 5 S 275 Anm. d.

Digitized by Google

oder einer dreißigjährigen Frist gefordert? Ohne Zweifel das erste, denn es muß auch hier als einverständlicher Wille beider Theile angesehen werden, daß der Verpfänder zunächst den Besitz behält und es tritt also das Motiv ein, welches Justinus zur Erstreckung der Frist auf vierzig Jahre bewegt [24]).

b) In der Praxis der Gerichte des byzantinisch-römischen Reichs war Streit darüber entstanden, ob der jüngere Hypothekar dem ältern die dreißigjährige Klagenverjährung entgegenstellen könne. Für die Verneinung stützte man sich laut dem Bericht Justins darauf, daß der Hypothekar an Stelle des Schuldners besäße. Hieran ist soviel wahr, daß er den Besitz nicht übt, um die Sache zu behalten, sondern um sie nach Tilgung der Pfandschuld dem Verpfänder zurückzugeben. Gleichwohl leuchtet ein, daß der Grund dieser Ansicht gesucht ist und daß ihre Vertheidigung der juristischen Schärfe entbehrte [25]). Justinus glaubte durch eine Distinction die Sache entscheiden zu müssen. Solange der Verpfänder lebe, solle dem Pfandgläubiger nur eine Verjährung von vierzig Jahren zu Gute kommen. Ebenso stünde es nach dessen Tode, wenn der Nachhypothekar sich auf die Besitzzeit während des Lebens des Schuldners berufen wollte. Beabsichtigte er sich bloß auf die Zeit des Besitzes nach dem Tode des Schuldners zu stützen, so genügten dreißig Jahre. Dieselben Grundsätze sollten eintreten, wenn der jüngere Hypothekar gegen den älteren unter Exercirung des jus offerendi [26]) mit der actio hypothecaria klagen wollte [27]).

---

24) Arndts Pand. § 390.

25) vgl. oben S. 52.

26) Daß nicht das jus offerendi als solches verjährt, sondern nur die unter dessen Schutze wirksame actio hypothecaria, darüber vgl. Thon in Linde's Zeitschrift Bd. 8 S. 22.

27) Die einmal vollendete Klagenverjährung schützt nach l. 8 C. de praescr. XXX ann. 7, 39 nicht nur den Beklagten, sondern auch denjenigen, der den Besitz verlor und als Kläger auftritt, wenn er nur den Besitz bona fide erwarb, wozu nach canonischem Recht Fortsetzung der bona fides während der ganzen Präscriptionszeit kommt. Es gestaltet sich hier natürlich das Recht nicht zu einer außerordentlichen Ersitzung der Sache, da die Verhältnisse der gegen die Pfandklage Präscribirenden zum Eigenthümer sich nicht durch diese Präscription verändern, der Präscribirende erhält nur außer der exceptio eine replica gegenüber dem Anspruch des Pfandgläubigers. Solche steht auch dem Nachhypothekar gegenüber dem Vorhypothekar zu, deßgleichen dem Verpfänder nach dem Geist des Gesetzes, wenn er 40 Jahre lang die Pfandsache in der Meinung, die Pfandschuld sei getilgt, besaß.

Digitized by Google

Quellenregiſter zum erſten und zweiten Band.

(Die römiſche Ziffer zeigt den Band, die deutſche die Seite an.)

I. Juriſtiſche Quellen.

A. Vorjuſtinianeiſche Quellen.

Lex agraria.
c. 12. I 31.
c. 20. I 28. 32.
c. 35. I 28. 34.
Aes Malacitanum.
c. 63. I 30. 32.
c. 64. I 36. 43.
Gaii Institutiones.
Lib. II § 33. I 277.
— — § 59. I 8. 12.
— — § 60. I 9. 12. II 77.
— — § 61. I 34. 37. 39. 335.
— — § 64. I 86. II. 109.
— — § 220. I 15.
Lib. III § 201. I 8. 24.
Lib. IV § 16. I 28.
— — § 26. I 47.
— — § 28. I 36.
— — § 141. II 336.
— — § 144. II 340.
— — § 147. II 340. 345.
Pauli sententiae.
Lib. I. Tit. 9. § 8. I 9. II 237.
Lib. II. Tit. 5. § 1. I 89.
— — — — § 2. I 441.
— — Tit. 12. § 4. II 164.
— — Tit. 13. § 1. squ. I 9 ff.
— — — — § 2. I 21.
— — — — § 3. II 279.
— — — — § 4. II 225.
— — — — § 5. I 21. 22.
— — — — § 8. II 530.
— — Tit. 14. § 5. II 326.
Lib. III. Tit. 6. § 34. I 435.
— — — — § 69. I 24.
— — Tit. 20. § 4. I 23.
Lib. V. Tit. 1. § 1. I 9. 115.
— — Tit. 6. § 16. I 303. II 346.
— — Tit. 25. § 6. I 182.
— — Tit. 26. § 4. II 326.
Fragmentum Dositheanum.
§ 11. I 125.
§ 16. II 14.
Ulpiani fragmenta.
Tit. I. § 19. I 125.
Tit. XIV. § 1. I 396.
Fragmentum de iure fisci.
§ 5. I 336.
Codex Theodosianus.
Lib. 2. Tit. 16. de integri restit.
l. 1. I 362.
Lib. 3. Tit. 2. de commissoria resc.
l. 1. II 274.
Lib. 3. Tit. 6. si provinciae rector.
l. 1. I 118.
Lib. 3. Tit. 30. de admin. et periculo tut.
l. 1. I 362.
Lib. 8. Tit. 16. de infirm. poen. coel.
l. un. II 274.
Lib. 9. Tit. 42. de bonis proscript.
l. 1. § 4. I 346.
Lib. 11. Tit. 7. de exactionibus.
l. 3. II 274.
Lib. 15. Tit. 14. de infirmandis his.
l. 9. I 114.
Collatio legum Mosaic. et Rom.
Tit. X. cap. 2. § 2. I 14.
Fragmenta Vaticana.
§ 9. II 282.
§ 47. I 278.
Consult. vet. JCti.
VI. 8. I 15.

Digitized by Google

B. Justinianeische Quellen.

Institutionen.

Lib. 2. Tit. 1. de rer. div.
§ 9. II 17.
Lib. 2. Tit. 6. de usuc.
§ 13. I 179.
Lib. 2. Tit. 8. quibus alienare licet.
§ 1. II 140.
Lib. 2. Tit. 20. de legatis.
§ 4. I 134.
§ 18. I 454.
Lib. 3. Tit. 15. de verb. obligat.
§ 2. II 119.
Lib. 4. Tit. 6. de act.
§ 7. I 45. II 295.
§ 29. II 446. 459.
§ 33. II 296.
Lib. 4. Tit. 17. de officio iudicis.
§ 2. II 315.

Pandekten.

Lib. 1. Tit. 5. de statu hom.
l. 26. I 446.
Lib. 2. Tit. 8. qui satisdare cog.
l. 15 § 2. II 51.
Lib. 2. Tit. 14. de pactis.
l. 7 § 15. II. 25.
l. 10. I 341.
l. 27 § 8. I 132.
l. 61. II. 20.
Lib. 3. Tit. 3. de procur.
l. 67. II 175.
Lib. 3. Tit. 5. de neg. gest.
l. 3 § 8. II 254.
l. 6 § 3. II 523.
l. 24. I 208.
l. 25. II 48.
l. 35 § 3. I 370.
l. 37 § 1. II 221.
l. 38. II 221.
Lib. 4. Tit. 2. quod metus causa.
l. 10 § 1. II 584.
Lib. 4. Tit. 4. de minoribus.
l. 1 § 1. II 236.
l. 9. II 238.
l. 27 § 2. II 583.
l. 38. II 236.
l. 49. II 238.
l. 50. II 583.
Lib. 4. Tit. 6. ex quib. caus. maiores.
l. 1 § 1. II 239.
Lib. 5. Tit. 1. de iudiciis.
l. 35. I 521.
Lib. 5. Tit. 3. de her. pet.
l. 19. II 388.
l. 20 § 18. I 146.
l. 38. II 354.
Lib. 6. Tit. 1. de rei vind.
l. 1 § 3. I 455.
l. 2. I 455.
l. 3. I 455.
l. 23 § 5. I 456. II 560. II 563.
l. 25. II 293.
l. 38. II 356.
l. 39 § 1. II 202.
l. 47. II 173.
l. 48. II 356.
l. 65. II 311.
l. 80. II 300.
Lib. 6. Tit. 2. de Public. in rem a.
l. 3 § 13. I 180.
l. 8. I 257.
l. 11 § 6. II 564.
Lib. 7. Tit. 1. de usufructu.
l. 4. I 132.
l. 6 § 2. I 113.
l. 7 § 2. I 186.
l. 15 § 7. II 20. 405.
l. 33 § 1. I 132.
l. 72. II 405.
Lib. 8. Tit. 1. de servitut.
l. 16. I 109. II 389.
l. 19. I 273.
Lib. 8. Tit. 3. de serv. praed. rust.
l. 23 § 3. II 41.
l. 34. II 19.
Lib. 8. Tit. 4. comm. praed.
l. 5. I 113. 273. 275.
l. 6 pr. I 274.
l. 6 § 1. I 275.
l. 8. I 274.
l. 10. I 273.
Lib. 9. Tit. 2. ad leg. Aquil.
l. 11 § 10. II 402.
l. 30 § 1. II 403.
Lib. 9. Tit. 4. de noxal. act.
l. 27. I 124.
l. 30. I 106. 131.
l. 36. II 9.
l. 38 § 1. II 540.
Lib. 10. Tit. 1. fin. reg.
l. 4 § 9. II 396.
l. 9. II 397.
Lib. 10. Tit. 2. fam. ercisc.
l. 3. II 42.
l. 11. II 33.
l. 18 § 6. I 411.
l. 25. II 127.
l. 29. II 43. 112.
l. 44 § 7. I 412.
l. 49. II 176.

Digitized by Google

Lib. 10. Tit. 3. comm. div.
l. 6 § 1. II 34.
l. 6 § 7. I 28.
l. 7. II 46.
l. 7 § 6. II 393.
l. 7 § 8. II 394.
l. 7 § 12. II 47. 394.
l. 7 § 13. II 395.
l. 14 § 1. II 34.
l. 17. II 163.
Lib. 10. Tit. 4. ad exhibendum.
l. 3 § 15. II 51.
Lib. 11. Tit. 3. de servo corrupto.
l. 14 § 4. II 404.
Lib. 11. Tit. 7. de religiosis.
l. 2 § 7—9. II 17.
l. 3. II 18.
l. 14 § 1. I 303.
Lib. 12. Tit. 1. de reb. cred.
l. 4 § 1. I 13.
l. 41. I 550.
Lib. 12. Tit. 2. de iureiur.
l. 40 II 585.
Lib. 12. Tit. 6. de cond. indeb.
l. 2. II 75.
l. 60. II 586.
Lib. 12. Tit. 7. de cond. sine causa.
l. 5. I 544.
Lib. 13. Tit. 1 de cond. furtiva.
l. 1. II 399.
l. 12 § 2. I 109. II 399.
Lib. 13. Tit. 4. de eo, quod certo loco.
l. 8. I 553.
Lib. 13. Tit. 5. de pecunia const.
l. 24. II 492.
Lib. 13. Tit. 6. commodati.
l. 15 § 2. I 14.
l. 18 pr. I 151.
l. 22. I 165.
Lib. 13. Tit. 7. de pign. act.
l. 1 pr. I 140.
l. 1 § 1. I 183.
l. 1 § 2. I 196.
l. 2. II 499.
l. 3. I 167. II 548.
l. 4. I 90.
l. 6. II 7. 110.
l. 6. § 1. II 220.
l. 7. II 221.
l. 8 § 3. II 120.
l. 8 § 5. I 551. 556. II 520.
l. 9. II 4.
l. 9 § 3. II 225. 541.
l. 9 § 5. I 158.
l. 11 § 2. II 584.
l. 11 § 3. II 96.
l. 11 § 4. II 40.
l. 11 § 5. I 306. II 579.
l. 11 § 6. I 204.
l. 13 pr. II 234.
l. 13 § 1. I 151.
l. 14. I 151.
l. 16 § 2. I 220.
l. 17. I 220.
l. 18 pr. I 467.
l. 18 § 1. I 449.
l. 18 § 2. I 449.
l. 18 § 3. II 562.
l. 20. II 408.
l. 22 pr. II 399.
l. 22 § 1. I 150.
l. 22 § 2. II 72.
l. 22 § 3. I 167.
l. 22 § 4. II 180. 224.
l. 23. II 206.
l. 24. II 198. 225. 241.
l. 24 § 1. II 581.
l. 24 § 2. II 218.
l. 24 § 3. II 596.
l. 25. II 71. 77.
l. 26. I 285.
l. 27. I 228.
l. 29. II 83.
l. 32. II 93.
l. 35 § 1. II 67.
l. 37. II 66.
l. 38. I 203.
l. 39. I 184. II 71.
l. 40. II 161.
l. 40 § 1. II 161.
l. 41. I 262. 268.
l. 42. II 112. 217.
l. 43. I 152.
Lib. 14. Tit. 1. de exerc. a.
l. 1 § 11. II 492.
Lib. 14. Tit. 3. de instit. act.
l. 17 § 4. II 195.
Lib. 14. Tit. 6. de S. C. Macedoniano.
l. 7 § 13. I 548.
l. 9. I 548.
Lib. 16. Tit. 1. ad S. C. Vellei.
l. 8 § 7. II 583.
l. 13 § 1. I 79. II 583.
l. 17 § 1. II 545.
l. 18 pr. II 544.
l. 32 § 1. I 440.
Lib. 17. Tit. 1. mandati.
l. 26 § 7. I 165.
l. 49. II 175.
l. 59 § 1. II 167.
l. 59 § 4. II 180.
l. 59 § 5. I 192.
l. 60 § 4. II 159.
Lib. 17. Tit. 2. pro socio.
l. 52 § 10. I 315.
Lib. 18. Tit. 1. de contr. emt.
l. 15 § 2. II 182.
l. 18. II 163.
l. 39. II 160.

Digitized by Google

l. 81. II 283.
l. 81 § 1. I 186.
Lib. 18. Tit. 2. de in diem addict.
l. 10. II 146.
l. 13 § 1. II 163.
Lib. 18. Tit. 3. de lege commissoria.
l. 4 § 1. II 278.
Lib. 18. Tit. 4. de her. vend.
l. 2 § 7. I 146.
l. 6. I 561.
l. 21. I 148. II 223.
Lib. 18. Tit. 5. de rescind. vendit.
l. 9. II 231.
Lib. 19. Tit. 1. de act. emti.
l. 11 § 16. II 178. 187.
l. 11 § 18. II 187.
Lib. 19. Tit. 2. locati.
l. 13 § 11. I 534.
l. 19 § 1. I 163.
l. 24 § 1. I 306.
l. 45 pr. § 1 I 165.
Lib. 19. Tit. 5. praescriptis verbis.
l. 21. II 193.
Lib. 20. Tit. 1. de pignoribus.
l. 1 pr. I 238.
l. 1 § 2. I 128. 443.
l. 1 § 3. II 89.
l. 1 § 4. I 210.
l. 2. I 156. II 169.
l. 3. I 79.
l. 5 pr. I 517.
l. 5 § 1. II 54.
l. 9. I 507.
l. 10. II 54. 408.
l. 11 § 1. II 92.
l. 11 § 2. I 486. 493.
l. 11 § 3. I 496.
l. 12. I 493. 495.
l. 13 pr. I 460.
l. 13 § 2. I 467. 476. 478.
l. 13 § 4. I 80.
l. 13 § 5. I 81. II 296. 299.
l. 13 § 6. I 556.
l. 14 pr. II 298.
l. 14 § 1. II 575.
l. 15 § 1. II 303.
l. 15 § 2. II 480.
l. 16 § 1. I 229.
l. 16 § 2. II 559.
l. 16 § 3. I 108. 128. II 291. 308. 309. 314. 317.
l. 16 § 4. II 319.
l. 16 § 5. I 128. II 313.
l. 16 § 6. II 309. 316.
l. 16 § 7. I 239. 242.
l. 16 § 8. II 408.
l. 16 § 9. II 284.
l. 18. I 222. II 289.
l. 20. II 480.
l. 21 pr. I 204.
l. 21 § 1. I 222.
l. 21 § 2. II 4.
l. 21 § 3. I 108. II 309. 315.
l. 22. I 269.
l. 24. I 201.
l. 25. I 236. 343.
l. 26. II 248.
l. 26 § 1. I 189.
l. 27. II 4. 402.
l. 29. I 506.
l. 29 § 1. I 451.
l. 29 § 2. I 434. II 360.
l. 30. I 563.
l. 31. I 220.
l. 33. I 547.
l. 34 pr. I 458.
l. 34 § 1. I 182.
l. 34 § 2. I 245. 260.
l. 40 § 2. I 479.
Lib. 20. Tit. 2. in quibus causis pign.
l. 1. I 315.
l. 5. I 306.
l. 5 § 2. I 188.
l. 7 § 1. I 301.
l. 8. II 73.
l. 9. II 14.
l. 10. I 187.
Lib. 20. Tit. 3 quae res pignori.
l. 1 § 1. I 228.
l. 1 § 2. I 201.
l. 2. I 538.
l. 3. II 498. 504. 507. 509.
l. 4. I 528.
Lib. 20. Tit. 4. qui potiores in pign.
l. 1. I 531.
l. 2. II 370.
l. 3. II 495. 503.
l. 3 § 1. I 255. II 429.
l. 3 § 2. I 185.
l. 5. I 254. 321. II 431. 433.
l. 6. I 321. II 431.
l. 6 § 1. II 496.
l. 6 § 2. II 496.
l. 7. I 253. 324. II 435.
l. 7. § 1. I 258. II 429.
l. 8. II 437.
l. 9 pr. I 529.
l. 9 § 1. I 525. 530.
l. 9 § 2. I 525.
l. 9 § 3. I 263. II 482.
l. 10. I 419.
l. 11 pr. I 528.
l. 11 § 1. I 524.
l. 11 § 2. I 193. 246. 503.
l. 11 § 3. I 260.
l 11 § 4. I 80. II 307.
l. 12 pr. II 489.
l. 12 § 4. II 478.
l. 12 § 5. II 487. 519. 521.
l. 12 § 6. II 520. 522.

Digitized by Google

l. 12 § 7. II 228. 482.
l. 12 § 8. II 495. 508.
l. 12 § 9. II 483. 519. 521.
l. 13. II 413.
l. 14. I 257. II 416.
l. 15. I 220.
l. 16. II 464. 495. 521.
l. 17. II 515.
l. 18. I 523. 556.
l. 19. II 364.
l. 20. II 97.
l. 21. I 249. 338. II 441. 457.
l. 21 § 1. II 429.
Lib. 20. Tit. 5. de distractione pign.
l. 1. II 371. 483.
l. 2. II 166.
l. 3. II 228.
l. 4. II 121.
l. 5 § 1. II 45. 167.
l. 6. II 167. 522.
l. 7 pr. II 133. 234.
l. 7 § 1. II 235.
l. 7 § 2. II 22.
l. 8. II 147.
l. 9. II 177. 205.
l. 10. II 182.
l. 11. II 42.
l. 12. II 25. 281.
l. 12 § 1. I 147. II 195.
l. 13. II 132. 171.
l. 14. II 42.
Lib. 20. Tit. 6. quibus modis pign. solv.
l. 1. II 503. 580.
l. 1 § 1. I 172.
l. 3. I 215.
l. 4. I 511.
l. 4 § 1. II 226. 553.
l. 4 § 2. II 556.
l. 5 § 1. II 295.
l. 5 § 2. I 116. II 550.
l. 6. I 80.
l. 6 § 2. II 549.
l. 7 pr. II 543.
l. 7 § 1. II 115. 542.
l. 7 § 2. II 547.
l. 7 § 3. II 554.
l. 8 § 2. II 542.
l. 8 § 4. II 553.
l. 8 § 5. I 145. II 543.
l. 8 § 6. I 108.
l. 8 § 7. II 557.
l. 8 § 11. II 556.
l. 8 § 13. II 554.
l. 8 § 15. II 550.
l. 8 § 16. II 554.
l. 8 § 18. II 554.
l. 8 § 19. I 108.
l. 9 § 1. II 478. 550.
l. 10 pr. II 556.
l. 10 § 1. II 183. 233.
l. 11. I 116.
l. 12. II 477.
l. 12 § 1. I 107. II 308.
l. 13. II 586.
l. 14. I 47. II 549.
Lib. 21. Tit. 1. de aedil. edicto.
l. 31 § 5. II 41.
l. 60. II 232.
Lib. 21. Tit. 2. de evict.
l. 36. II 564.
l. 38. II 193.
l. 50. II 254.
l. 61 § 1. II 178.
l. 61 § 2. II 178.
l. 65. II 29. 38.
l. 66. I 107. II 53. 178.
l. 66 § 3. II 35.
l. 68. II 189.
l. 68 § 1. I 563.
l. 74 § 1. II 196.
Lib. 21. Tit. 3. de exc. rei vend.
l. 1 § 2.
Lib. 22. Tit. 1. de usuris.
l. 24 § 2. II 115.
Lib. 22. Tit. 2. de foen. naut.
l. 6. I 526. II 480.
Lib. 22. Tit. 3. de probat.
l. 21. I 134.
l. 23. II 303.
Lib. 23. Tit. 3. de iure dotium.
l. 9 § 1. I 266.
l. 74. I 387.
Lib. 24. Tit. 1. de donat. i. v. et u.
l. 7 § 6. II 568.
Lib. 25. Tit. 1. de impensis in res dot. factis.
l. 13. II 87.
Lib. 25. Tit. 2. de rerum amot. act.
l. 17 § 3. II 400.
l. 18. II 400.
Lib. 26. Tit. 7. de adm. tut.
l. 5 § 4. I 369.
l. 9 § 1. I 370.
l. 25. II 194.
l. 37. I 372.
l. 38 § 2. II 365.
l 39 § 5. I 526.
l. 42. II 450.
Lib. 26. Tit. 8. de auct. et consensu tut.
l. 5 § 5. II 165.
Lib. 26. Tit. 9 quand. ex facto tut.
l. 2. I 325.
Lib. 27. Tit. 9. de rebus eorum.
l. 1 § 2. II 116.
l. 1 § 4. I 278.
l. 2. I 278. 293.
l. 3. I 293. 324.
l. 3 § 1. II 248.
l. 3 § 2. II 310.
l. 5 § 3. II 118. 241. 243. 543.

Digitized by Google

l. 7 § 1. II 116.
l. 7 § 5. § 6. II 501.
l. 12. II 501.
Lib. 30. de legatis I.
l. 61. II 357.
l. 71 § 5. I 137.
l. 86 pr. I 137.
l. 86 § 4. II 542.
Lib. 31. de legatis II.
l. 66 § 6. I 132.
l. 76 § 2. I 132.
l. 77 § 8. I 134. 136.
l. 85. II 571.
l. 89 § 4. II 163.
Lib. 32. de legatis III.
l. 3 § 4. I 174.
l. 29 § 3. I 134.
l. 38 pr. II 502.
l. 73 § 2. II 68.
l. 101 pr. II 241.
Lib. 33. Tit. 1. de annuis legatis.
l. 9. I 284.
Lib. 33. Tit. 2. de usu et usufructu.
l. 1 I 491.
l. 30 pr. I 412.
l. 31. I 431.
Lib. 33. Tit. 10 de supellect. legata.
l. 9 § 2. II 68.
Lib. 34. Tit. 1. de alimentis legatis.
l. 12. I 283.
Lib. 34. Tit. 2. de auro et argento.
l. 7. I 502.
Lib. 34. Tit. 3. de liberat. legat.
l. 1 § 1. I 137. II 542.
Lib. 34. Tit. 4. de adimendis legatis.
l. 2 § 1. I 133.
Lib. 36. Tit. 1. ad S. C. Trebell.
l. 54. I 329.
l. 59. II 241. 569. 577. 591.
Lib. 36. 3 ut legat.
l. 5. § 3. II 579.
Lib. 36. Tit. 4. ut in poss. legat.
l. 4 § 20. II 124.
l. 7. I 7. 406.
Lib. 37. Tit. 6. de collat. emancip.
l. 1 § 9. I 7.
Lib. 38. Tit. 5. si quid in fraudem patroni.
l. 1 § 19. I 170.
Lib. 38. Tit. 17. ad S. C. Tertull.
l. 2 § 17. II 474.
l. 5 § 2. II 473.
Lib. 39. Tit. 1. de operis novi nunc.
l. 1 § 20. II 391.
l. 9. II 390.
Lib. 39. Tit. 2. de damno inf.
l. 11. II 392.
l. 15 § 30. I 415.
l. 15 § 25. II 595.
l. 19 pr. I 106.
l. 33. II 337.
l. 34. II 337.
l. 44 § 1. II 360. 595.
Lib. 39. Tit. 3. de aqua.
l. 3 § 4. II 391.
l. 22 pr. II 391.
Lib. 39. Tit. 4. de publicanis
l. 7 I 349.
Lib. 39. Tit. 6. de mortis causa donat.
l. 18 § 3. I 119.
Lib. 40. Tit. 5. de fideic. libert.
l. 24 § 10. II 15.
Lib. 40. Tit. 7. de statuliberis.
l. 1 § 1. II 13. 16.
l. 9 §. 2. I 115.
Lib. 40. Tit. 9. qui et a qu. man.
l. 5 § 2. II 14.
l. 16 § 4. II 15.
l. 26. II 14.
Lib. 41. Tit. 1. de acquir. rer. dom.
l. 6 § 4. II 241.
l. 7 § 10. II 560. 563.
l. 26 § 2. II 560.
l. 35. II 181.
l. 37. II 60.
l. 40. II 72.
l. 63 § 4. II 243.
Lib. 41. Tit. 2. de acqu. vel om. poss.
l. 1 § 14. II 60.
l. 1 § 15. I 129. II 58. 60.
l. 10. II 81.
l. 17 § 1. II 539.
l. 24. II 82.
l. 36. II 58. 81.
l. 37. II 54. 79.
l. 52 § 1. II 65.
Lib. 41. Tit. 3. de usurp.
l. 4 § 5. I 447.
l. 10 § 2. I 448.
l. 16. I 129. II 51. 58. 66.
l. 23 § 1. II 564.
l. 30 § 1. II 59.
l. 30 § 2. I 454.
l. 33 § 4. II 58.
l. 33 § 6. II 81.
l. 44 § 5. I 131.
Lib. 41. Tit. 4. pro emtore.
l. 7 § 6. II 158.
Lib. 41. Tit. 7. pro derelicto.
l. 1. l. 2. II 539.
Lib. 41. Tit. 10. pro suo.
l. 2. I 447.
Lib. 42. Tit. 1. de re iudicata.
l. 15 § 3. II 255.
l. 15 § 7. II 253.
l. 31. II 252.
l. 63. I 560.
Lib. 42. Tit. 3. de cessione bon.
l. 2. II 492.
Lib. 42. Tit. 5. de rebus auct. ind.
l. 13. I 415.

Digitized by Google

l. 24 § 3. II 506.
Lib. 42. Tit. 6. de separat.
l. 4 § 1. I 333.
Lib. 42. Tit. 8. quae in fraud.
l. 6 pr. § 6. I 126.
l. 10 § 1. II 492.
l. 13. I 198.
l. 21. II 397.
l. 22. I 198.
Lib. 43. Tit. 1. de interdictis.
l. 2 § 3. II 339. 346.
Lib. 43. Tit. 3. quod legat.
l. 2 § 3. I 7.
Lib. 43. Tit. 4. ne vis fiat.
l. 1 pr. I 414.
Lib. 43. Tit. 18. de superficiebus.
l. 1 § 6. § 9. I 219. 220.
Lib. 43. Tit. 20. de aqua.
l. 3 § 2. I 438.
Lib. 43. Tit. 26. de precario.
l. 6 § 4. II 78.
l. 11. II 79.
Lib. 43. Tit. 32. de migrando.
l. 1 I 300. II 336.
l. 1 § 1. I 56. II 337.
l. 1 § 2. II 336.
l. I § 3. II 333.
l. 1 § 4. II 335.
l. 1 § 5. I 304. II 334. 340.
l. 2. II 334.
Lib. 43. Tit. 33. de Salviano interd.
l. 1 pr. I 450. II 341.
l. 1 § 1. II 342. 347.
l. 2. II 347.
Lib. 44. Tit. 2. de exc. rei iudicatae.
l. 30 § 1. I 80. II 571.
Lib. 44. Tit. 3. de div. temp. praescr.
l. 5 § 1. I 110. II 598. 601.
l. 12. II 132.
l. 14 § 3. I 476. 483. II 50. 62. 66.
l. 14 § 5. II 201.
Lib. 44. Tit. 7. de obligat.
l. 16. I 25. II 84.
l. 28. II 290.
l. 47. II 584.
Lib. 45. Tit. 1. de verb. oblig.
l. 48. II 297.
l. 58. I 132.
l. 89. I 517.
l. 91 pr. II 321.
l. 112 § 1. II 398.
Lib. 46. Tit. 1. de fideiuss.
l. 6 § 2. I 521.
l. 11. I 546. II 579.
l. 15. I 550.
l. 15 § 1. I 145.
l. 16 § 4. II 576.
l. 17. II 366.
l. 36. II 369.
l. 59. II 169.
l. 60. II 582.
l. 62. II 368.
l. 70 § 2. I 132.
Lib. 46. Tit. 2. de novat.
l. 18. II 11.
l. 30. II 500.
Lib. 46. Tit. 3. de solutionibus.
l. 1. II 213.
l. 5 § 2. II 215.
l. 17 u. 20. II 580.
l. 26. II 183. 206. 208.
l. 38 § 5. II 592.
l. 43. II 575.
l. 45 pr. II 276.
l. 46. II 246.
l. 49. I 80. II 584.
l. 73. II 214.
l. 76. II 369.
l. 95 § 9. II 308.
l. 96 § 3. II 205. 211. 480.
l. 97. II 214.
l. 101 §. 1. II 215.
Lib. 46. Tit. 4. de acceptil.
l. 13 § 10. II 202.
l. 18 § 1. II 290.
Lib. 46. Tit. 5. de stip. praet.
l. 7. I 6.
Lib. 46. Tit. 8. ratam rem.
l. 23. II 290.
Lib. 47. Tit. 2. de furtis.
l. 9 § 6. II 8.
l. 14 § 6. II 400.
l. 15. II 401.
l. 43 § 5. II 540.
l. 46 § 4. II 401.
l. 48 § 5. I 448.
l. 48 § 6. I 449.
l. 55. II 325.
l. 61 § 1. I 165.
l. 61 § 3. I 162.
l. 61 § 8. I 311.
l. 73. I 86.
l. 87. II 401.
Lib. 47. Tit. 8. vi bonorum rapt.
l. 2 § 18. II 325.
l. 2 § 22. I 106.
Lib. 47. Tit. 10. de iniuriis.
l. 15 § 32. II 135.
Lib. 47. Tit. 20. stellionatus.
l. 3 § 1. II 9.
Lib. 48. Tit. 10. de lege Cornelia de falsis.
l. 28. II 417.
Lib. 48. Tit. 13. ad legem Juliam peculatus.
l. 9 § 6. I 345.
Lib. 48. Tit. 19. de poenis.
l. 33. II 16.
Lib. 49. Tit. 5. de appell.
l. 7 § 2. II 130.

Digitized by Google

Lib. 49. Tit. 14. de iure fisci.
l. 2. II 456.
l. 3 § 7. I 343.
l. 6. I 343.
l. 6 § 1. I 340.
l. 18 § 10. II 440.
l. 21. II 581.
l. 22 § 1. II 483.
l. 28. I 260. 339. II 437. 456.
l. 46 § 3. I 340.
l. 49. I 510.
Lib. 49. Tit. 15. de captivis.
l. 12 § 12. II 519. 522. 524. 530.
Lib. 50. Tit. 1. de incolis.
l. 36 § 1. II 184.
Lib. 50. Tit. 9. de decretis ab ord. fac.
l. 1. II 52.
Lib. 50. Tit. 10. de operibus publ.
l. 3 pr. II 485.
Lib. 50. Tit. 12. de pollicitat.
l. 2. pr. I 118.
Lib. 50. Tit. 15. de censibus.
l. 5 § 2. I 349.
Lib. 50. Tit. 16. de verb. signific.
l. 25. I 132.
l. 39. I 30.
l. 199. II 242.
l. 238 § 2. I 47. 49.
Lib. 50. Tit. 17. de div. reg. iuris.
l. 25. I 6.
l. 77. I 11.
l. 178. II 575.
l. 205. I 34. 39. II 150.
l. 206. II 191.
l. 207. I 559.

Codex.

Lib. 2. Tit. 3. de pactis.
l. 20. I 112.
Lib. 2. Tit. 19. de neg. gest.
l. 24. II 136.
Lib. 2. Tit. 21. de dolo malo.
l. 1. II 166.
Lib. 2. Tit. 29. si adversus vendit. pign.
l. 1. II 238.
l. 2. II 236.
Lib. 2. Tit. 51. de restit. mil.
l. 6. II 239.
Lib. 2. Tit. 59. de iureiur. propter calumn.
l. 2 § 6. II 587.
Lib. 3. Tit. 1. de iudiciis.
l. 13 § 2. II 587.
l. 13 § 11. I 368.
Lib. 3. Tit. 19. ubi in rem actio.
l. 2. II 292.
Lib. 3. Tit. 32. de rei vind.
l. 3. II 195.
Lib. 3. Tit. 36. fam. ercisc.
l. 14. II 36.
Lib. 3. Tit. 37. comm. div.
l. 2. II 395.
Lib. 3. Tit. 38. communia utriusque ind.
l. 7. II 36.
Lib. 3. Tit. 42. ad exhibendum.
l. 8. I 155.
Lib. 4. Tit. 2. si certum petatur.
l. 17. II 421.
Lib. 4. Tit. 9. de cond. ex lege.
l. 1. I 347.
Lib. 4. Tit. 10. de oblig. et act.
l. 7. II 228.
l. 10. II 205.
Lib. 4. Tit. 16. de hereditariis act.
l. 2. I 341.
Lib. 4. Tit. 23. commodati.
l. 4. I 166.
Lib. 4. Tit. 24. de pigneratitia act.
l. 1. II 71.
l. 3. II 71.
l. 4. I 88.
l. 10. II 301.
l. 11. II 328.
l. 12. I 159.
Lib. 4. Tit. 29. ad S. C. Velleianum.
l. 21. I 392. II 478. 545.
l. 22. I 211.
Lib. 4. Tit. 32. de usuris.
l. 4. I 539. 556. II 97.
l. 6. II 526.
l. 11. II 76.
l. 14. II 90.
l. 17. II 90.
l. 19. I 80.
l. 22. I 539. 557.
Lib. 4. Tit. 38. de contr. emtione.
l. 11. II 493.
Lib. 4. Tit. 39. de hered. vel act. vend.
l. 2. II 10.
l. 7. I 469.
Lib. 4. Tit. 46. si propter public. pensit.
l. 1. I 349. II 436. 458.
Lib. 4. Tit. 51. de rebus alien. non alienand.
l. 7. I 109.
Lib. 4. Tit. 53. rem alien. gerent. non interdici.
l. un. I 360.
Lib. 4. Tit. 54. de pactis pign.
l. 3. I 216 II 56.
Lib. 4. Tit. 62. vectigalia nova.
l. 5. I 349.
Lib. 4. Tit. 65. de locato.
l. 5. I 312.

Digitized by Google

l. 16. I 534.
l. 25. I 139. 166.
Lib. 4. Tit. 66. de iure emphyt.
l. 3. I 218.
Lib. 5. Tit. 9. de secundis nuptiis.
l. 6 § 2. I 250.
l. 8 § 4. I 375.
l. 8 § 5. I 375.
Lib. 5. Tit. 12. de iure dotium.
l. 9. II 444.
l. 30. II 382.
Lib. 5. Tit. 13. de rei ux. act.
l. un. § 1. I 394.
Lib. 5. Tit. 14. de pactis conv. tam super dote.
l. 11. I 393.
Lib. 5. Tit. 16. de donat. inter vir et ux.
l. 15. I 347.
Lib. 5. Tit. 20. ne fideiuss. dot.
l. 2. I 381.
Lib. 5. Tit. 30. de legit. tut.
l. 5. I 293.
Lib. 5. Tit. 37. de administr. tut.
l. 17. I 361.
l. 18. II 123.
l. 20. I 364.
l. 23. II 311.
l. 28 §. 3. I 7.
Lib. 5. Tit. 51. de arbitrio tut.
l. 3. I 327.
l. 10. I 361.
Lib. 5. Tit. 70. de curat. furiosi.
l. 7. I 368.
Lib. 5. Tit. 71. de praediis et aliis rebus.
l. 2. II 237.
Lib. 5. Tit. 75. de magistr. conv.
l. 1. I 359.
Lib. 6. Tit. 2. de furtis.
l. 21. II 64.
l. 22 § 2. I 149.
Lib. 6. Tit. 23. de test.
l. 27. II 143.
Lib. 6. Tit. 30. de iure delib.
l. 22 § 5 ff. II 594.
Lib. 6. Tit. 31. de repud. hered.
l. 2. II 160.
Lib. 6. Tit. 37. de legatis.
l. 16. II 571.
Lib. 6. Tit. 40. de indicta viduitate.
l. 2. I 396.
Lib. 6. Tit. 43. comm. de legatis.
l. 1. I 286. 288. 328.
l. 3 § 4. I 166.
Lib. 6. Tit. 61. de bonis, quae liberis.
l. 6 § 4. I 372. 377.
Lib. 7. Tit. 2. de test. manum.
l. 5. II 13.
Lib. 7. Tit. 8. de servo pignori dato.
l. 5. II 15.
l. 6. I 322. II 14.
Lib. 7. Tit. 33. de praescr. longi temp.
l. 3. II 157.
l. 5. II 597.
l. 12. II 601.
Lib. 7. Tit. 35. quibus non obiic.
l. 3. II 603.
l. 5. I. 109.
Lib. 7. Tit. 36. si adversus creditor.
l. 1. II 598.
l. 2. II 600.
Lib. 7. Tit. 37. de quadriennis praescr.
l. 2. l. 3. II 593.
Lib. 7. Tit. 39. de praescr. XXX ann.
l. 3. II 605.
l. 7. II 52. 588. 605.
l. 8 pr. II 604. 606.
l. 8 § 1. I 106.
Lib. 7. Tit. 40. de annal. except.
l. 3. II 604.
Lib. 7. Tit. 45. de sentent. et interloc.
l. 8. II 246.
Lib. 7. Tit. 53. de exsecut. rei iud.
l. 3. I 420. II 252.
Lib. 7. Tit. 54. de usuris rei iud.
l. 3 § 1. II 122.
Lib. 7. Tit. 71. qui bonis cedere.
l. 8. II 605.
Lib. 7. Tit. 73. de privilegio fisci.
l. 2. I 339. II 441. 449. 457.
l. 3. I 510.
l. 4. I 510.
l. 6. I 510.
Lib. 7. Tit. 74. de privilegio dotis.
l. un. II 446.
Lib. 8. Tit. 9. de precario et Salviano interd.
l. 1. I 60. 63. II 344. 347.
Lib. 8. Tit. 14. de pignoribus.
l. 2. II 372.
l. 3. II 54. 327.
l. 4. I 197.
l. 6. I 551. II 520.
l. 9. II 5.
l. 10. II 377.
l. 13. II 281.
l. 17. II 498.
l. 18. I 108. II 289.
l. 21. II 200.
l. 22. II 522.
l. 27. I 424.
Lib. 8. Tit. 15. in quibus causis pign.
l. 1. I 348. II 436.
l. 2. I 339.
l. 3. I 440.
l. 4. I 347.
l. 5. I 56. 310. II 333.

Digitized by Google

l. 6. I 366.
l. 7. I 296.
Lib. 8. Tit. 16. si aliena res.
l. 2. I 190.
l. 5. I 238. 262.
l. 6. I 79.
Lib. 8. Tit. 17. quae res pignori.
l. 2. I 187.
l. 9. I 502.
Lib. 8. Tit. 18. qui pot. in pign.
l. 1. II 519. 522. 526.
l. 2. I 420.
l. 5. II 519. 522.
l. 6. II 228.
l. 7. I 252. II 429. 435.
l. 8. II 483. 519.
l. 11. II 418. 471.
l. 12. II 443. 472.
l. 12 § 1. II 459.
Lib. 8. Tit. 19. de his, qui in prior. cred.
l. 3. II 515.
l. 4. II 507.
Lib. 8. Tit. 20. si antiquior cred.
l. 1. II 228. 526.
l. 2. II 485.
l. 3. II 127.
Lib. 8. Tit. 22. de pignore praetorio.
l. 2. I 414. II 54.
Lib. 8. Tit. 23. si in causa iudicati.
l. 1. I 420.
l. 2. II 252. 256.
l. 3. II 256.
Lib. 8. Tit. 24. si pignus pignori.
l. 1. I 476. 482.
l. 2. I 157. 476.
Lib. 8. Tit. 26. de remissione pignoris.
l. 1. II 552.
l. 2. II 540.
l. 5. I 173.
l. 6. II 551.
l. 7. II 548.
l. 8. II 551.
l. 11. I 260. II 553. 558.
Lib. 8. Tit. 27. etiam ob chirogr. pec.
l. un. II 94.
Lib. 8. Tit. 28. de distr. pignor.
l. 2. II 55.
l. 3. II 133.
l. 4. II 133. 135.
l. 5. II 127. 129.
l. 7. I 92. II 124. 152.
l. 8. II 127. 210.
l. 9. II 374.
l. 10. II 164.
l. 13. II 199.
l. 14. II 133.
l. 15. II 225.
l. 18. II 203.
l. 19. II 124.
l. 20. II 220.
Lib. 8. Tit. 29. debitorem venditionem pign.
l. 2. II 127.
Lib. 8. Tit. 30. si vendito pignore.
l. 1. II 153. 156.
l. 3. II 153. 154. 156.
l. 4. II 137. 153. 154. 156. 157.
l. 5. II 154.
Lib. 8. Tit. 31. de luit. pignoris.
l. 1. I 153.
l. 2. II 575.
Lib. 8. Tit. 32. si unus ex plur. hered.
l. 1. II 41.
Lib. 8. Tit. 34. de iure dom. impetr.
l. 1. II 242.
l. 2. II 244.
l. 3. II 138. 139. 241.
l. 3 § 2. II 241.
l. 3 § 3. II 146. 243.
l. 3 § 4. II 246.
l. 3 § 5. II 244.
l. 3 § 6. II 246.
Lib. 8. Tit. 35. de pactis pignor.
l. 3. II 275.
Lib. 8. Tit. 36. de litigiosis.
l. 4. II 118.
Lib. 8. Tit. 38. de contr. vel comm. stip.
l. 12. II 125.
Lib. 8. Tit. 41. de fideiussoribus.
l. 2. II 367.
l. 4. II 582.
Lib. 8. Tit. 43. de solut.
l. 5. II 494.
Lib. 8. Tit. 45. de evictionibus.
l. 27. II 36.
Lib. 8. Tit. 46. creditorem evict. non debere.
l. 1. II 179.
l. 2. II 179.
Lib. 8. Tit. 47. de patria pot.
l. 1. II 552.
Lib. 8. Tit. 55. de donat. quae sub modo.
l. 3. II 235.
Lib. 9. Tit. 33. de vi bon. rapt. act.
l. 3. II 325.
Lib. 9. Tit. 34. stellionatus.
l. 4. II 417.
Lib. 10. Tit. 1. de iure fisci.
l. 1. II 306.
Lib. 11. Tit. 32. de debitor. civitatis.
l. 2. I 355.
Lib. 11. Tit. 35. quo quisque ordine.
l. 4. I 355.
Lib. 12. Tit. 63. de primipilo.
l. 3. I 347. II 449. 453. 456.

Digitized by Google

Novellen.

Nov. 4. II 367.
Nov. 18. c. 10. II 307.
Nov. 22. c. 40. I 366.
Nov. 22. c. 43. I 396. 397.
Nov. 22. c. 44. I 397.
Nov. 53. c. 5. I 424.
Nov. 61. II 545.
Nov. 69. c. 1. II 293.
Nov. 73. II 421.
Nov. 73. c. 4. II 422.
Nov. 91. II 447.
Nov. 97. II 454.
Nov. 97. c. 2. II 445. 459.
Nov. 97. c. 3. I 253. II 433. 454. 429. 471.
Nov. 97. c. 4. I 425.
Nov. 98. c. 1. I 379.
Nov. 108. c. 2. I 329.
Nov. 109. II 459.
Nov. 109. c. 1. I 388.
Nov. 112. II 9.
Nov. 112. c. 1. II 323. 379.
Nov. 117. c. 9. II 459.
Nov. 136. c. 1. II 379.

C. Nachjustinianeische Quellen.

Theophili Paraphr.
ad § 3. J de interdict. 4, 15. II 340.
Basilicae.
XX 1. c. 55. II 80.
XXV 1. c. 4. II 140. 142.
XXV 2. c. 26. II 248.
XXV 2. c. 36. II 349.
XXV 7. c. 7. II 25.
XXV 7. c. 62. II 276.
LX 17. c. 28. II 342.
Corpus iuris canonici.
cap. 5 X de rebus non al. (3, 13) I 233.
cap. 6 X de pignoribus (3, 21) I 157.
cap. 7. de concessione praeb. in 6to (3, 7) II 474.
cap. un. Extrav. de rebus eccles. (3, 4) I 233.
Albrechts Landfrieden v. 1301. II 330.
Landfrieden von 1495 § 9. II 331.
D. A. von Speier v. 1600 § 31 ff. II 331.
Allg. D. Handelsgesetzbuch. art. 310 u. 311. II 270.

II. Stellen bei Nicht-Juristen.

Cassiodor var. lib. V. ep. 7. II 249.
Cato Censorius, de re rustica. c. 146. I 65.
Cicero.
de lege agrar. III. 2: I 34.
de legibus II. 23. 58: I 118.
de off. III. 15. 61: I 14.
— — III. 16: II 176.
— — III. 17. 70: I 8.
pro Flacco. c. 32. § 80: I 31.
topic. c. 5: I 17.
Verr. I. c. 54: I 42.
Demosthenes, gegen Lacritus p. 925. I 69.
— — — p. 933. I 72.
— gegen Apatur. p. 894. I 70. 76.
— gegen Phormio. p. 908. I 73.
— gegen Pantaenetus. p. 967. I 76.
Dionysius VI. c. 29. I 53.
— VI. c. 41. I 53.
Schriften röm. Feldmesser (herausg. von Lachmann).
I p. 116: I 119.
I p. 181: I 118.
I p. 198: I 118.
I p. 365: I 118.
Festus, de verb. signif.: Nancitor. I 51.
Isidori Orig. V. 24. § 23. I 8.
— — V. 25. II 77.
Lampridius, Alexander Sev. c. 39. I 57.
Livius II. 24: I 53.
— VII. c. 21 u. 22: I 53.
Macrob. Saturn. III 3, 1: II 17.
Martialis epigr. lib. 12 ep. 23. I 121.
Plautus, Pseudolus I. 1. v. 85. I 64.
— Truculentus III. 1. v. 4. I 64.
Plinius epist. VII. 18: I 111.
Pseudo Ascon. zu Cic. in Verr. I, 54: I 44.
Quinct. Instit. orat. VII. 18.: I 428.
Terentius, Phormio. II. 3. v. 56: I 64.
Varro de lingua lat. V. 40: I 27. 34.
— — — — VI. 74: I 27.

Digitized by Google

Druck von C. P. Melzer in Leipzig.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google